

جامعة بغداد ـ كلية الحقوق :

الأحوال الشخصية
بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية

تاليف الاستاذ
محمد حسين الذهبي
استاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق العراقية
والاستاذ بكلية الشريعة بالقاهرة

الطبعة الاولى
١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م

شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة ـ بغداد

al-Dhahabi, Muhammad Husayn

جامعة بغداد ـ كليـة الحقوق :

al-Ahwāl al-shakhsīyah

الاحوال الشخصية

بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية

تأليـف
الاسـتاذ
محمد حسين الذهبي
أستاذ الشريعة فى كلية الحقوق العراقية
والاستاذ فى كليـة الشريعة بالقاهرة

الطبعـة الاولى

١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٨ م

شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة بغداد

أللهم بك استعنت . وعليك توكلت
واليـك أنبت ، يامــن لا اله الا أنت
ألهمني التوفيق والسداد ، وأولنى
الهـدى والرشاد ، ومدنى بفضلك
ياكريـم .

بسم الله الرحمن الرحيم

((تقديم الكتاب))

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وخاتم النبيين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ،

وبعد : فقد ندبت من الأزهر الشريف لتدريس الشريعة فى كلية الحقوق العراقية سنة ١٩٥٥ — ١٩٥٦ م ، فقمت بتدريس الأحوال الشخصية لطلبة الصف الاول ، وألقيت عليهم محاضرات ، فيها شيء من الاسهاب ، ولكني لم أتمكن من تدوين ما ألقيت عليهم لضيق الوقت ، ولاني اعتذرت عن العودة الى العمل فى العراق ، لأسباب قاهرة تخصني وحدي ، ولا أتمكن معها من العمل فى الحقل الدراسي ، بالشكل الذي أرتضيه لنفسي ، وأشعر معه اني قد أديت واجبي ، وأرضيت ربي .. ثم كانت ظروف غير الظروف ، وأحداث غير الاحداث ، وتبدل لوجه التاريخ فى الوطن العراقي العربي ، وكان أن دعيت الى العودة للعمل فى العراق ، لتدريس الشريعة فى كلية الحقوق ، فما كان مني الا أن أجبت الطلب ، رغبة فى خدمة العراق الشقيق ، فى عهده الجديد ، رغم بقاء الظروف الخاصة التي تعوقني عن مغادرة الاهل والوطن . ولكن أمام الواجب يهون كل شيء ، ومن أجل الصالح العربي العام ، جئت الى العراق ، وأسند الي دراسة الاحوال الشخصية مرة اخرى بالصف الاول من كلية الحقوق ، كما أسند الي دراسة أصول الفقه بالصف الرابع منها .

وقد رأيت هذه المرة ألا أفوت على طلابي تدوين هذه المحاضرات ، حتى تكون لهم مرجعا يرجعون اليه فى استذكار دروسهم ، بعد ما رأيت منهم الرغبة فى ذلك ، وما كان لى أمام هذه الرغبة الا أن أجيب طلبهم ، وأحقق

أملهم ، فوضعت لهم هذا الكتاب ، مراعيا فيه عدم الاسهاب ، الذي تعودته معهم فى محاضراتي ، كما راعيت فيه أن أتعرض لمذهب الحنفية والجعفرية فى كل مسائله ، لانهما المذهبان المعمول بهما رسميا فى العـراق ، ومع ذلك فما أخليته من ذكر أقوال أصحاب المذاهب الاخرى ، عندما أرى حاجة الى ذكر أقوالهم ، وحتى لا نجمد على مذهب واحد بعينه ، فمذاهب المسلمين الفقهية كثيرة والحمد لله ، وفى تتبعها ، والوقوف عليهـا ، والتخير منها ، خير كثير ، وتيسير على الناس أي تيسير •

وقد أرجح مذهبا على مذهب فى بعض المسائل ، لما أراه من قوة الدليل ؛ ولما أعتقد من أنه أكثر تمشيا مع روح العصر ، ومصالح المسلمين •

وقد ألقيت التعصب جانبا • بل أشهد الله أني ما عرفته صفة لى يوما ما •

وهل ضل المسلمون الا يوم أن تعصبوا للهوى ، وجمد كل على رأيه ، فكانوا شيعا وأحزابا ، كل حزب بما لديهم فرحون !! ••

وقد قدمت بين يدي البحث مقدمة تشتمل على بيان مختصر عن نشأة الفقـه الاسلامي وتطوره ، وعن صلاحيته لكل زمان ومكـان ، وعن معنى الاحوال الشخصية ، وعن التعريف ببعض المصطلحات الفقهية التي يرد ذكرها فـي هـذا الكتـاب •

ثم قسمت الكتاب الى أقسام ثلاثة : القسم الاول : فى الزواج وأحكامه والقسم الثانـي : فى فرق النكاح وآثارها ـ والقسم الثالث : فى النسـب وتوابعه ـ وختمت الكتاب بتوجيه كلمة الى القراء •

ورجوت الله الكريم : أن يلهمني الصواب فيـه ، ويعم النفـع به ، انه بالاجابة جدير وعلى كل شـيء قدير •

المقدمة

(١) نشأة الفقــه الاسلامي وتطوره (٢) التشريع الاسلامي صالح لكل زمان ومكـان ، (٣) معنى الاحوال الشخصية (٤) بيـان لبعض المصطلحات الفقهيـــة .

١ ـ نشأة الفقه الاسلامي وتطوره : ـ

الشريعة الاسلامية هي الشريعة التي ختم الله بها شرائع السماء ، وجعلها خالدة وكتب لها البقاء ، الى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، لذا كانت سليمة الاساس ، قوية البنـاء ، محكمة النظام ، وافية بحاجة الافراد والجماعات ،

جاء القرآن وجاء فيـه الهدى والنور ، وجاءت السنة وكان فيهـا طب الانسانية وشفاء ما فى الصدور . وكان فى القرآن عام، ومطلق، ومجمل .. ، فجاءت السنة تخصص العام ، وتقيد المطلق ، وتوضح المجمل ، وتكشف عن أحكام طواها القرآن ، وعهـد الله لرسوله عليـه الصلاة والسلام أن يبينها للنـاس .

« وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهـم ولعلهم يتفكرون » .

« انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » ..

كان التشريع الاسلامي على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بعيدا عن الخلاف كل البعـد ، ضرورة أن سلطة التشريع كانت للنبي وحده ، دون أن يكـون لغيره دخل فى ذلك ، وكان مرجع الرسول صلى الله عليه وسلم فـي التشريع الوحي بقسميه ، المتلو : وهو القرآن ، وغير المتلو : وهو السنة «[١]» . وفى عصر الرسول لم يثبت الفقه جملة واحدة ، بل كانت مسائله متتابعة

---

(١) كل ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من تشريع ولم يكن فـي كتاب الله فهو وحي عن الله ، لان الله يقول فى شأن نبيه (وما ينطق عن الهوى، ان هو الا وحي يوحى) ويقول (من يطع الرسول فقد اطاع الله) .

متجددة ، تبعا لتجدد الحوادث والنوازل ، وكان القرآن ينزل منجما على حسب هذه الحوادث ، وكذلك كانت فتاوي الرسول صلى الله عليه وسلم .

وفى عصر الصحابة انقطع الوحي بقسميه ، بموت الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولكن بعد أن تمت قواعد الدين الكلية ، واستقرت مبادىء عامة يرجع اليها المجتهدون فى اجتهادهم . ويسيرون على ضوئها فى فتاواهم « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا » .

انتقلت سلطة التشريع والقضاء الى خلفاء الرسول من الصحابة ، فكانت مهمة شاقة ، لانه قد جد من الحوادث والاقضية ما يحتاج الى بيان حكمه ، وتوضيح الرأي فيه ، وكانت طريقتهم فى البحث عن الاحكام ، أن يعمدوا أولا الى كتاب الله فان لم يجدوا فيه الحكم عمدوا الى السنة ، فان لم يجدوا فيها ، اجتهدوا فى تطبيق القواعد الكلية للكتاب والسنة على هذه الوقائع ، والحوادث ، ثم خرجوا على الناس بحكم فيها .

لم يكن ذلك بدعا فى الدين ، بل هو أمر قرره الرسول ورضيه لهم ، حيث يقول لمعاذ بن جبل لما وجهه الى اليمن « كيف تقضى اذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، قال فان لم تجد فى كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله . قال فان لم تجد فى سنة رسول الله ؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو ، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

ولقد سار الصحابة على هذا النهج الذي رسمه الرسول لهم ، فهذا أبو بكر رضى الله عنه ، كان اذا ورد عليه الخصوم ، نظر فى كتاب الله فانوجد فيه ما يقضي بينهم قضى به ، وان لم يكن فى الكتاب وعلم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك سنة قضى بها ، فان أعياه خرج فسأل المسلمين . أتاني كذا وكذا ، فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكرون فيه عن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قضاء ، فان أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم ، فان أجمع رأيهم على شيء قضى به .

وهـذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، يقول لشريح حينما ولاه قضاء الكوفة « انظر ما يتبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحدا ، ومالم يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومالم يتبين لك فى السنة فاجتهد فيه رأيك ، واستشر أهل العلم والصلاح » .

وهكذا كان مسلك أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى استنباط الاحكام الفقهية ، رجوع الى كتاب الله ، ثم الى سنة رسول الله ، ثم الى اجماع أهل الحل والعقد ، ثم الى القياس . والأجماع والقياس فى حقيقتهما يرجعان الى الكتاب والسنة ، لان الاجماع لابد له من مستند من الكتاب أو السنة ، والقياس لايثبت حكما ، وانما يكشف عن حكم الشارع فى المقيس .

والتشريع فى عهد الصحابة يمتاز بأنه كان مقصورا على ما ينزل بهم من حوادث ووقائع ، فلم يكن هناك مسائل فرضية ، ووقائع خيالية ، يحكمون عليها ويفتون فيها ، كما فعل المتأخرون . كما يمتاز بأنه كان بعيدا عن الجدل والخلاف اللهم الا فى حدود ضيقة . وكان من السهل أن يرجع الصحابي عن رأيه الى رأي غيره ، مادام يرى أن الحق فى جانبه، وكان بعضهم يحيل في الفتيا على بعض، وهذا هو تسامح الاسلام ، وصفاء المسلمين .

ثم جاء دور الامويين ، واتسعت رقعة الخلافة، وتفرق المسلمون في البلاد ، وكانت فتن كقطع الليل، فصار الناس فى الدين شيعا، وأحدثوا فيه بدعا وبدعا ، وتأثر الفقه الاسلامي بهـذا الخلاف ، وتعددت فيه المذاهب ، وكثر النزاع ، واشتد الجـدل بين الفقهاء ، ولكن لم يخل الحال من فقهاء منصفين معتدلين . وان كانوا هم أيضا مختلفين فى مشاربهم الفقهية ، ففريق يتجه ناحية النصوص الشرعية ، وهؤلاء يعرفون بأهل الحديث ، وفريق يتجه ناحية القياس وان كان لا يهمل النص، وهؤلاء يعرفون بأهل الرأي — وفى هذا

العصر اتسعت مباحث الفقه وكثرت مسائله ، ضرورة كثرة الوقائع ، وتعدد النوازل •

ثم جاءت الدولة العباسية ، وكانت امتدادا للخلافات المذهبية وبشكل أوسع ، لدخول كثير من الفرس فى الاسلام ، واندساس أصحاب الاهواء الفاسدة بين المسلمين ، ولكن مع ذلك كان تدوين العلوم من أبرز مميزات هذا العصر •

وكان الفقه ضمن ما دون من علوم ، وكان لتدوينه مظهر من القوة والاستيعاب والضبط ، والترتيب لابوابه ، والتدعيم لقواعده • فكان من وراء ذلك ثروة فقهية هائلة ، كل ماجاء بعدها عالة عليها ، ومستمد منها ، وكانت بغداد أكبر موطن لنشاط الفقه السلامي فى هذا العصر •

ثم سقطت بغداد سنة ٦٥٦ هـ، وتلاحقت الفتن ، وكثرت المحن ، وتقطعت أوصال الامة الاسلامية ، فأثر كل ذلك فى نشاط الحركة الفقهية • فقل عند العلماء التجديد ، وتمكن منهم التقليد ، وصار لفظ الامام ينزل عند مقلديه ــ كما يقول القاضي عياض ــ منزلة ألفاظ الشارع ، وبعد أن كان المرجع الاول للفقهاء كتاب الله وسنة رسوله ، صار المرجع هو كتب الائمة المجتهدين ، تقرأ ، وتدرس ، فمن وعاها ، وحفظ ما فيها ، كان هو الفقيه بين الناس ، ومن ألف حينئذ فى الفقه لم يعد عمله أن يكون شرحا لمختصر ، أو اختصارا لمطول ، أو تدليلا لفروع مذهبه على أساس من التعصب الاعمى والهوى المرذول ، حتى وجد من هؤلاء من يقول « كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ » •

بهذا التعصب المذهبي أقام هؤلاء الغلاة المقلدون سدودا بين الناس وبين الكتاب والسنة ، وأصبحت الشريعة فى نظرهم هي ما عرفوا وحفظوا عن أئمتهم وأدعوا زورا وبهتانا أن باب الاجتهاد قد أغلق ، ومعاذ الله أن يغلق باب الاجتهاد ، وانما الذي أغلق هوعقولهم وقلوبهم !! ••

ــ امتدت هذه الحركة الفقهية التقليدية الى القرن العاشر الهجري ، ومع

ذلك لم تخل من فقهاء كان لهم شأن فى استنباط المسائل ، وتخريجها على أصول مستقيمة من الكتاب والسنة ، ولكنهم لم يوجهوا همتهم الى الاجتهاد، وانما وجهوها الى التأليف فقط ، ومن هؤلاء خليل بن اسحق الكردي المصري المالكي المتوفى سنة ٧٧٦ هـ وتقي الدين السبكي الشافعي المتوفى سنة ٦٨٣ هـ والكمال بن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٧٨٨ هـ وابن تيمية الحنبلي المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وتلميذه ابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ هـ وهما من أكثر الفقهاء تحررا من التقليد •

ومن القرن العاشر الهجري الى الآن ساءت حال الفقه الاسلامي ، لان العلماء تمكنت منهم العصبية المذهبية ، وبالغوا فى التقليد ، وانصرفوا الى دراسة الكتب المعقدة وحل رموزها ، وقعدوا عن البحث والتأليف الحر المستقل ، وما وجد من ذلك فشيء قليل لا يفي بالغرض ، ولا يتناسب مع ماجد للناس من أقضية •

ولوجه الحق نقول : انه قد وجدت أخيرا محاولات متكررة ، في مناسبات مختلفة ، ترمي الى نبذ التعصب لمذهب بعينه ، واطرح التقليد لامام بذاته ، وتهدف الى انتقاء الايسر على الامة ، والاكثر تمشيا مع المصلحة العامة ، من مجموعة الفقه الاسلامي العام ، بصرف النظر عن قائله ما دام لا يصادم أصلا شرعيا من الاصول المقررة • ولكن لا زلنا فى أول الطريق ، والامر فى حاجة الى خطوات حازمة حاسمة • تجدد نشاط الفقه الاسلامي ، وتوجه اليه أنظار المغرضين ، وتلوي نحوه أعناق الكاشحين ، وما ذلك على الله بعزيز •

٢ ـ التشريع الاسلامي صالح لكل زمان ومكان :ـ

عرفنا أن القرآن والسنة هما مصدر التشريع الاسلامي ، وما وراء ذلك من مصادر راجع اليهما • ومعتمد عليهما •

والقرآن كما يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « •• هو الفصل ليس

بالهزل ، من تركه من جبار قصمه الله ، ومن ابتغى الهدى فى غيره أضله الله »
وهو طريق السعادة فى الدنيا والآخرة كما يقرر ذلك النبي عليه الصلاة والسلام
بقوله (أن هذا القرآن طرفه بيد الله وطرفه بأيديكم فتمسكوا به فانكم لن
تهلكوا ولن تضلوا بعده أبدا) . وفى السنة ما فى القرآن من هداية ، وفيهما
معا سعادة الانسان وخيره ، لما فيهما من تعاليم قيمه لا نقص فيها ولا التواء ،
ولا لبس فيها ولا خفاء ، كما قال عليه السلام « لقد تركتكم على المحجة
البيضاء ، ليلها كنهارها . لا يزيغ عنها الا هالك . »

والحق أن هدى الله هو الهدى ، وأن شريعة الله فوق شرائع الناس ،
وأن ما اصطلح عليه الناس من قوانين وتعاليم ، لا يمكن أن يكون فيها
سعادة الفرد والجماعة ، لانها ثمرة عقل البشر ، والبشر يخطىء ويصيب ،
ويتأثر بالهوى والغرض ، ويندفع وراء الشهرة والشهوة ، ويتأثر بالوسط
والبيئة ، ويخضع لسلطان العاطفة وحكم العادة ، ويدور فى فلك محدود ،
لا ينفذ عقله الى ما وراء محيطه ، ولا تسمو مداركه الى ما وراء حدوده
وقيوده ، ومع هذا فبعض من استهواهم الشيطان يريدون التحلل من كل قديم
ولو جمع الخير كله ، ويتعلقون بكل جديد ولو جمع الشر من أطرافه ، !!

يعيبون الشريعة الاسلامية ، ويرمونها بالجمود والخمود ، ويدعون
زورا وبهتانا أنها لا تصلح لهذا الزمان ، ولايمكن أن تساير روح العصر ،
وعجيب أن ينسب هؤلاء الى الاسلام ويحسبوا عليه ، وأعجب منه أن يتنكروا
لشريعتهم بعد أن اعترف بها ، وسلم بسعة أفقها أعداء الاسلام . فقد وجه
مؤتمر القانون المقارن المعقود فى لاهاي سنة ١٩٣٧ م دعوة الى الازهر ليشارك
فى هذا المؤتمر فأجاب الدعوة ووجه وفدا من علمائه . تقدم ببحثين هامين .

أحدهما : فى بيان المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية فى نظر الاسلام

وثانيهما : فى علاقة القانون الروماني بالشريعة الاسلامية ، ونفى ما يزعمه
بعض المستشرقين من تأثر الفقه الاسلامي بهذا القانون .

وقد أثار وفد الازهر اعجاب الاعضاء ، وكانت النتيجة أن قرر المؤتمرون ما يأتـــي : ـــ

أولا ـــ اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر التشريع العـام •

ثانيا ـــ اعتبار الشريعة الاسلامية شريعة حية صالحة للتطور •

ثالثا ـــ اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها •

وبعد فمخطىء كل الخطأ من لا يؤمن بمسايرة الشريعة الاسلامية لكل عصر ،وصلاحيتها لكل جيل وقبيل، ومنكر لعقله • مـن ينكر أن الاسلام بتعاليمه ومراسيمه قد بلغ مرتبـة الكمال التشريعي ، حتى شـهد له بذلك أعداؤه ، ورجعوا الى كثير من آرائه ، وطبقوها على أنفسهم •

ان الشريعة الاسلامية تتسع لكل ما يجد للناس مـن أقضية ، وتقـوم بتنظيم شئونهم ، والوفاء بحاجاتهم ، مهما تباعدت ديارهم ، وتباينت أجناسهم واختلفت عاداتهم وطباعهم ، ولا يجحد ذلك الا من سفه نفسه •

حقا ان ما يجد للناس من أمور ، لا يقف عنـد حد ، ولا يدخل تحت حصر ، وقصير النظر من يتطلب لهـذه الامور المتجددة يوما بعد يوم ، نصا صريحا مـن القرآن أو السنة يمكن تطبيقه عليهـا • فالشريعة الاسلامية ـــ سواء منها ما يرجع الى الكتاب ، أو الى السنة ـــ لم تجر أحكامها على طريقة واحدة من التفصيل والبيان ، بل عالجت بعض المسائل على استقلال ، وأدمجت كثيرا من المسائل تحت قواعد كلية، وتركت للمستنبطين من أولى العلم، تطبيق هذه القواعد الكلية على المسائل الجزئية ، ما جد منها وما يجد، وعلى هـذا نفهم قول الله تعالى « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » •

والناظر فى أصول الفقه الاسلامي ، لابد أن يسلم ـــ منصفا ـــ برحابة أفق الشريعة الاسلامية ، ومقدار صلاحيتها لتنظيم حيـاة الناس ، وتكفلهـا بمعالجة شئونهم ، فالاجتهاد وهو أصل من أصول الشريعة الاسلامية ، دعت اليه وحثت عليـه ، ومراعاة العرف وتغير الفتوى بتغيره ، ومراعاة المصالح

المرسلة ، والاستحسان، وسد الذرائع، وغير ذلك من الاصول المقررة، أكبر شاهد علـى ما نقـول •

ولكن بعض المتزمتين، أساءوا الى سمعة الفقه الاسلامي، فأوجبوا تقليد الائمـة الاربعة ، دون سواهم، بل جرت بعض البلاد الاسلامية على التزام مذهب امام معين ، لا تحيد عنه قيد شعرة ، فحجروا بذلك على الناس واسعا ، وهم بهذا يحكمون على الفقه الاسلامي ، بأنه عاجز عن سد حاجات الناس !! •

ولو أن هؤلاء الواقفين عند مذهب واحد ، أو عند مذاهب الائمة الاربعة دون غيرها ، أدركوا قيمة ماصح عن الامام أحمد رضى الله عنه من أنه قال :

« من قلة فهم الرجل أن يقلد فى دينه الرجل »، وما ثبت عن مالك رضى الله عنه من أنه لم يقبل أن يحمل أبو جعفر المنصور «[1]» الناس على موطئه • وما ثبت عنه من قوله « ما من أحد الا ويؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله صلى الله عليـه وسلم » •

لو أدركوا هذا ما ذهبوا الى ما ذهبوا اليه ، ولتركوا للناس أن يأخذوا من الفقه الاسلامي ، ما يتمشى مع روح العصر الذي يعيشون فيه ، أيا كان قائله، ما دام لا يصادم أصلا صحيحا من الاصول الثابتة المقررة •

وفقهاء الاسلام ــ والحمد لله ــ كثير، والاجتهاد باق الى يوم القيامة ، لم يغلق بابه دون أحد ، كما يظن بعض الناس ، بل بابه مفتوح لكل مـن له المام تام بوسائل الاجتهاد الصحيحة السليمة •

ولو أن الله هيأ للشريعة الاسلامية مجمعا علميا ، يضم المشتغلين بالفقه الاسلامي • من جميـع أقطار المسلمين ، يؤازرهم فى ذلك أقطاب القوانين الوضعية ، وعلماء الاجتماع ، ورجـال الاقتصاد ، لوصلوا الى خير كثير ، ولاستطاعوا أن يحببوا الناس فى الشريعة الاسلامية ، ويحملوا المعرضين عنها، والزاهدين فيها ، على احترامها ، والأخذ بها •

---

(١) وقيل هارون الرشيد .

تلك أمنية من أعذب الأماني ، نرجوا تحقيقها ، وعسى أن يكون قريبا »[١] .

٣ ـ **معنى الاحوال الشخصية :**

أحكام الشريعة الاسلامية نوعان :

الاول ـ أحكام اعتقادية ، وهي ما يتعلق بعقيدة الانسان ، من الايمان بالله ، وملائكته وكتبه ، ورسله ، واليوم الآخر وما فيه .. الخ .

الثاني ـ أحكام عملية : وهي قسمان . عبادات ومعاملات ، فالعبادات ، تشمل كل عمل يقوم به المرء نحو ربه ، من صلاة ، وصيام ، وزكاة ، وحج وغير ذلك .

والمعاملات . تشمل كل عمل يقوم به الانسان نحو بني جنسه ، كالبيع ، والاجارة ، والرهن ، والزواج ، والطلاق ،ويلحق بذلك القتل والقصاص .

وقد جد اصطلاح قانوني . لا يعرفه الفقهاء من قبل ، ولم يذكر في كتبهم، وهو لفظ « الاحوال الشخصية » الذي يطلقه رجال القانون على ما يتعلق بشخص الانسان ، كالزواج، والطلاق، والنسب، والميراث، والنفقة، وما الى ذلك . ويجعلون فى مقابلة هذا القسم . قسما ثانيا . وهو قسم المعاملات المدنية ، وقسما ثالثا . وهو قسم الجنايات .

٤ ـ **بيان بعض المصطلحات الفقهية : ـ**

رأيت أن أضع بين يدي القارىء بيانا لمعاني بعض المصطلحات الفقهية التي كثيرا مايرد ذكرها فى هذا الكتاب . لما لمسته من حاجة الطلاب لمعرفة معانيها ، لانهم حديثوا عهد بدراسة الشريعة : واليك البيان .

الفرض ـ هو ماطلب الشارع فعله على سبيل الحتم والالزام ، وكان

---

(١) أطلنا الكلام هنا لكثرة ما دار بيني وبين بعض الطلبة فى هذا الموضوع ، ورأيت من الخير أن ابرزه بصورة واضحة حتى يطمئن المتشككون .

ثبوته بدليل قطعي لا شبهة فيه . وحكمه ، الثواب على فعله، والعقوبة على تركه بغير عذر . وكفر جاحده . وذلك كالصلاة ، والزكاة ..

الواجب — هو ماطلب الشارع فعله على سبيل الحتم والالزام ، وكان ثبوته بدليل ظني فيه شبهة . وحكمه . مثوبة فاعله ، وعقوبة تاركه بلا عذر ، ولا يكفر جاحده ، بل يحكم بفسقه . وذلك كقراءة الفاتحة في الصلاة . «١»

المندوب — هو ماطلب الشارع فعله من غير الزام . وحكمه أن فاعله يستحق الثواب ، وتاركه لا يستحق العقاب ، وقد يستحق اللوم والعتاب ، وذلك كصلاة ركعتين قبل الصبح .

الحرام — هو ماطلب الشارع تركه على سبيل الحتم والالزام ، وكان ثبوته بدليل قطعي لا شبهة فيه . وحكمه عقوبة فاعله — وذلك كالزنا ، وأكل مال اليتيم .

المكروه تحريما — هو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والالزام ، وكن ثبوته بالدليل الظني — وحكمه عقوبة فاعله ولكن دون عقوبة الحرام — وذلك كالخطبة على خطبة الغير .

المكروه تنزيها — هو ماطلب الشارع تركه لا على سبيل الحتم والالزام . وحكمه أن فعله لا ثواب ولا عقاب عليه ، ولكنه خلاف الاولي كأكل لحوم الخيل «٢» .

المباح — هو ماخير الشارع فيه المكلف بين الفعل والترك . وحكمه أنه لا ثواب على فعله ، ولا عقاب على تركه، وذلك كالاكل ، والتنزه .

الركن — هو ما كان داخلا في ماهية الشيء وحقيقته ، بحيث يوجد بوجوده ، وينعدم بانعدامه . كالايجاب والقبول في عقد الزواج .

---

(١) التفرقة بين الفرض والواجب مذهب الحنفية أما غيرهم فالكل يطلق عليه اسم الواجب .

(٢) هذا التقسيم للحرام والمكروه على مذهب الحنفية . أما غيرهم فيطلقون الحرام على ما يشمل الحرام والمكروه تحريما عند الحنفية . ويوافقونهم في المكروه تنزيها ولكنهم لا يقيدونه بوصف التنزيه .

الشرط ــ هو ما كان خارجا عن ماهية الشيء وحقيقة ، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط • ولكن يلزم من عدمه عدمه • كالوضوء بالنسبة للصلاة •

السبب ــ هو كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وانتفاءه علامة على انتفائه وليس بينه وبين شرعية الحكم مناسبة • كزوال الشمس بالنسبة لصلاة الظهر •

العلة ــ هي كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم ، وانتفاءه علامة على انتفائه ، بشرط أن يكون بينه وبين شرعية الحكم مناسبة كالسفر بالنسبة لجواز الفطر فى رمضان ــ وبعضهم يطلق على هذا النوع اسم السبب أيضا •

الصحيح ــ هو المشروع بأصله ووصفه • وذلك كالبيع المستوفى أركانه وشروطه •

الباطل ــ هو مالم يشرع بأصله ولا وصفه ، كزواج الام أو الاخت

الفاسد ــ هو ما شرع بأصله دون وصفه وذلك كالزواج المنعقد بدون شهود «[1]» •

الموقوف ــ هو ما شرع بأصله ووصفه ، ولكن لا تترتب عليه آثاره بالفعل لمانع خارجي • كزواج المرأة بأقل من مهر مثلها دون رضى الولي •

---

(١) يأتي فيما بعد شرح مفصل فى بيان الباطل والفاسد وهل هما شيء واحد أو مختلفان .

« القسم الاول »

« الزواج »

الباب الأول

« فى مقدمة الزواج ومقدمات العقد »

الفصل الأول

« في مقدمة الزواج »

(١) معنى الزواج (٢) نظام الزواج قبل الاسلام وفى الاسلام (٣) حكمة مشروعيته (٤) عناية الشارع به وترغيب الناس فيه (٥) صفته الشرعية ..

معنى الزواج لغة : اقتران الشيء بالشيء وارتباطه به . ومنه قوله تعالى « احشروا الذين ظلموا وأزواجهم » أي وقرناءهم . وقوله « واذا النفوس زوجت » أي قرن كل قرين بقرينه .

ومعناه شرعا : عرف الزواج بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع . كما عرف بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصدا .

وكلا التعريفين لا يسلم من اعتراض ، لان التعبير بالحل بالنسبة لكل من الزوجين فى التعريف الاول، لا يفيد أن حق الاستمتاع بالمرأة، ملك خاص بالزوج لا يشاركه فيه غيره، والتعبير بالملك فى التعريف الثاني يوهم أن استمتاع المرأة بزوجها ملك خاص لها فلا يحل له التزوج باخرى تشاركها فى هذا الحق . لذا كان خير تعريف للزواج هو : أنه عقد يفيد — اصالة — ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل ، فقيد الاصالة فى التعريف يخرج ملك استمتاع السيد بأمته لانه تابع للملك ، والتعبير فى جانب الرجل بالملك ، وفى جانب المرأة بالحل يفيد أن أثر العقد بالنسبة للرجل يغاير أثر العقد بالنسبة للمرأة .

فالرجل يملك بالعقد حق الاستمتاع بالمرأة دون غيره . وهذا معناه عدم

جواز تعدد الازواج لامرأة واحدة ، والمرأة يحل لها الاستمتاع بزوجها لا على صفة الملكية لهذا الحق واختصاصها به ، بل للرجل أن يشرك معها في هذا الحق زوجة ثانية وثالثة ورابعة . ومعنى ذلك جواز تعدد الزوجات للرجل الواحد .

٢ ــ نظام الزواج قبل الاسلام :

غريزة الانسان الجنسية . وما ركز فى طبيعته من حبه للبقاء ــ بقاء النوع بالتناسل ــ أكبر عامل من عوامل الاتصال بين الرجل والمرأة ، وأول اتصال عرف بين الرجل والمرأة اتصال آدم أبي البشر بحواء أمهم . وكان هذا الاتصال بطبيعة الحال زواجا مشروعا ، شرعه الله فكان ، وكان من ورائه عمارة الكون، بما بث فى الارض من نسلهما وفرق فيها من ذريتهما « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءً ... »

ولم نعرف من نظم الزواج بين أولاد آدم الأولين أكثر مما رواه ابن جرير عن ابن مسعود وناس من الصحابة رضى الله عنهم « أنه كان لا يولد لآدم عليه السلام مولود الا ولد معه جارية فكان يزوج غلام هذا البطن جارية البطن الآخر . ويزوج جارية هذا البطن غلام هذا البطن الآخر ــ جعل افتراق البطون بمنزلة افتراق النسب للضرورة اذ ذاك » «[١]»

ثم تتابعت الأجيال ، وتواردت الرسل ، وتنوعت الشرائع ، وكان للزواج فى كل شريعة نظام متبع . وقوانين مرعية ، ولسنا بقادرين على ابراز صورة واضحة صادقة لنظام الزواج فى كل شريعة ، لان طريق معرفة ذلك هو النقل الصحيح، ولم يصلنا من ذلك شيء يوثق به ، ويركن اليه . وكل ما وصلنا هو نظام الزواج فى الشريعة الموسوية ، وأبرز ما فيها اباحة تعدد الزوجات على صورة أوسع من نظام تعدد الزوجات فى الاسلام ، ووصلنا كذلك نظام الزواج

---

(١) تفسير الآلوسي ج ٦ ص ٩٩ .

فى الشريعة العيسوية ، وأبرز مظاهره قصر الزواج على واحدة ، وحصر الطلاق فى دائرة محدودة ضيقـة .

ويذكر بعض العلماء ، أن أول امة عرفها التاريخ، كان الزواج فيها قاصرا عـلى امرأة واحدة قدماء المصريين فى عهد الفراعنة ، ويقال ان هـذه العادة ـ عادة تحريم التعدد ـ لم تعرف فى أوربا الا بعد دخول الاسكندر المقدوني بلاد مصر، واطلاع الاوربيين الذين وفدوا اليها بعد ذلك عـلى حال قدماء المصريين فى المعيشة الزوجية، فنقلوا الى بلادهم من الاحكام والانظمة التـي لا نظير لهـا عندهم ما نقلوا ، وغيروا وبدلوا فى أنظمـة الاسرة ، وأحكام القوانين ببلادهم، بما رأوه أفضل وأحسن فى مصر ـ ولسنا نعلم مبلغ هـذا القول من الصحة وان كان العقل لا يستبعده «[١]» .

هذا . ولاشك أن العالم كان قبيل مجيء الاسلام على حال من الفوضى فى نظام الزوجية وعلى الاخص فى جزيرة العرب مهد الرسالة ومهبط الوحي ـ كان من أهلها من لا يزال على الاباحة المطلقة ، وكان منهم من لايرى بأسا فى أن يشاركه غيره فى امرأة واحدة، وكان منهم من يجمع من النساء أي عدد شاء . وعلى الجملة، فقد كان هناك ألوان من الانكحة ، لم تقرها الشريعة الاسلامية بل أبطلتها ، وحرمت الاخذ بهـا .

كانت المرأة تورث كما يورث المتاع . يرثها أولياء زوجها بعد موته عنها فان شاءوا زوجوها واحدا منهم . وان شاءوا لم يزوجوها فنهاهم الله عن ذلك بقوله « يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعضهن ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ... الآية » روى البخاري وأبو داود عند تفسير هـذه الآية أنهم « كانوا اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته ان شاء بعضهم تزوجها ، وان شاءوا زوجوها ، وان شاءوا لم يزوجوها ، فهم أحق بها من أهلها » «[٢]» . وكان الولد يتزوج زوجة أبيه

---

(١) انظر المختارات الفتحية ص ١٣ .
(٢) تفسير الآلوسي جـ٤ ص ٢١٦ .

بعد موته فجاء النهي صريحا فى قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف .. الآية » .

ومن الأنكحة التي كانوا عليها ، الجمع بين الأختين . وقد ورد النهي عن ذلك فى قوله تعالى عطفا على المحرمات من النساء « .. وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف » .

وكانوا يقرون نكاح الشغار ولا يرون به بأسا ، وصورته ، أن يزوج الرجل موليته رجلا آخر ، على أن يزوجه الآخر موليته ، وتكون كل منهما مهرا للاخرى، وقد نهى الرسول عليه‌الصلاة والسلام عن هذا النكاح وحرمه .

ويروى عن عائشة رضى الله عنها أن النكاح كان فى الجاهلية على أربعة أنحاء . فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل الى الرجل ابنته أو موليته فيصدقها ثم‌ينكحها، ونكاح آخر كان الرجل‌يقول لامرأته اذا طهرت من طمثها — أي حيضها — أرسلي الي فلان فاستبضعي منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل ، ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشرة ، فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فاذا حملت ، ووضعت ، ومرت ليال بعد أن تضع، أرسلت اليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم ، قد عرفتم الذي كان من أمركم، وقد ولدت فهو ابنك يافلان ، تلحقه بمن أحبت فلا يستطيع أن يمتنع ، ونكاح آخر رابع يجتمع كثير من الناس فيدخلون على المرأة فلا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا ، كن ينصبن على أبوابهن الرايات، فمن أرادهن دخل عليهن ، فاذا حملت احداهن ووضعت، جمعوا لها، ودعوا لها القافة، «١» فألحقوا ولدها بالذي يرون ، فالتاط «٢» به، ودعى ابنه لا يمتنع منه ، فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم هدم نكاح الجاهلية كله الا نكاح الناس اليوم «٣» .

---

(١) القافة هو من يعرف التشابه بين الافراد فيلحق الولد بأشبه الناس به .

(٢) أي التصق به والتحق بنسبه .

(٣) انظر المختارات الفتحية ص ١٨، ١٩ .

هذه ألوان من أنكحة الجاهلية كلها فساد ظاهر ، وهناك ألوان اخرى من الزواج ، أقرهم الاسلام عليها ، لانه لم ير فيها ما يجافي الذوق السليم ، أو يتنافى مع الطبع المستقيم .

٣ ـ نظام الزواج فى الاسلام :

جاء الاسلام، والزواج على حال من الفوضى التي عرفتها فيما تقدم ، فما كان منه ـ وهو الدين الذي ختم الله به الاديان ، وجعله صالحا لكل عصر وزمان ـ الا أن أبطل ما كان للجاهلية من أنكحة مرذولة ممقوتة ، وأقر منها ما يتمشى مع الذوق العام والطبائع السليمة ، ونظم حياة الاسرة بما يضمن لها السعادة ، ويوفر لها الحياة المستقرة الهادئة .

أباح النظر الى المرأة والتعرف عليها قبل خطبتها . وأباح تعدد الزوجات الى أربع عندما تدعو الضرورة الى هذا التعدد ، ومنع التعدد وحذر منه عندما لا تكون حاجة . الا ارضاء شهوة النفس ، دون توخ للعدل بين الزوجات « .. فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا .. » وبينت الشريعة المحرمات من النساء ، بسبب القرابة ، أو المصاهرة ، أو الرضاع ، وقصرت الزوجة على زوجها ، وجعلت للمرأة رأيا فى اختياره ، وأعطتها الولاية على نفسها . وقررت المهر تكريما لها . واعلاءً لقدرها . واعلانا عن مكانتها وشرفها ، وبينت مالكل من الزوجين من حقوق وما عليه من واجبات قبل الآخر .. وأخيرا وضعت نظام الفرقة بين الزوجين حين يتعذر الوفاق ويتحتم الانفصال ، وهكذا تجد نظام الزواج فى الاسلام فى غاية من الدقة والحكمة . الدقة والحكمة فى انشائه . والدقة والحكمة فى بقائه . والدقة والحكمة فى انهائه . فتبارك الله رب العالمين .

٤ ـ حكمة مشروعية الزواج : ـ

نريد بالحكمة ، مايهدف اليه الشارع من تحقيق مصالح العباد ، بجلب

الخير لهم، ودفع الضرر عنهم، والزواج من أحكام الله التي لا تخلو من حكمة، بل فيه من الحكم ما يشهد به العقل، ويقرره الواقع الملموس ، .. ومنكر حكمة الزواج منكر لعقله وحسه ، طبع على قلبه فلم يعقل ما تقرره بداهة العقول ، وختم على سمعه وبصره ، فلم يسمع ولم يبصر ما يدور حوله من استقرار فى حياة الزوجية المشروعة ، واضطراب فى حياة العزوبة ، والاختلاط غير المشروع .

شرع الله الزواج — وهو الحكيم العليم — لمصالح مختلفة، شرعه لمصلحة الفرد ، وشرعه لمصلحة الاسرة ، وشرعه لمصلحة الامة . وشرعه بعد ذلك لمصلحة النوع الانساني كله .

أما مصلحة الفرد : —

فذلك أن كلا من الرجل والمرأة فيه من الغريزة الجنسية ، ما يدفعه الى الاتصال بالآخر ، ولو أباح الله للرجل والمرأة أن يجتمعا لمجرد اشباع الرغبة وقضاء الشهوة ، دون حدود وقيود ، لكان من وراء ذلك الفوضى الشاملة ، والمفاسد المهلكة المدمرة ، التي تترتب على الاختلاط بين الرجال والنساء ، على طريق الاشتراك والشيوع .

أما ارتباط الرجل بالمرأة على الوجه المشروع، ففيه سعادة الرجل وسعادة المرأة على سواء، فيه تحصين النفس بقضاء وطرها من الطريق الذي أحله الله لها ، وفى هذا حفظ للاخلاق والاعراض ، وفيه اختصاص الرجل بالمرأة التي اختارها شريكة حياته . والاختصاص يوفر الطمأنينة ، ويبعد عن الشك والريبة ، ويجنب الانسان مسالك العداوة ، ومواطن الشحناء ، التي تنشأ كثيرا من التنافس على المرأة . وبعد ذلك راحة البال لكل من الزوجين ، فالزوج الذي يكد طول يومه يأتي الى البيت فيلقي همومه ، ومتاعبه على بابه، ثم يدلف الى شريكة حياته فيجد فيها الاهل والسكن . ويستروح فى جوارها العطف والمودة ، وصدق الله حيث يقول « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم

أزواجا لتسكنوا اليهـا وجعل بينكم مودة ورحمة ان فى ذلك لآيات لقـوم يتفكـرون » •

والزوجة التي تكون فى كنف ، رجل يشملها برعايته ، ويحوطها بعنايته ، ويوفر لها كل ما تحتاج اليه ، زوجة سعيدة فى حياتها • وأي شيء فى دنياها ترجوه بعد السعادة ؟ •

وأما مصلحة الاسـرة : ـ

فان الاسرة التي هي لبنة فى بناء المجتمع الانساني العام ، تتكون فـي حقيقتها من الزوج ، والزوجة ، والاولاد، الذين هم ثمرة الزوجية •

والزواج على النحو المشروع خير ما يكفل للأسرة سعادتها ، ويوفر لها خيرها وهناءها ، فالزوج قد أخذ زوجتـه بأمانة الله ، واستحلها بكلمة الله ، وارتبط بها برباط مقدس على جهة الدوام ، وألزمه الله بواجبات يقوم بها نحو زوجته ، مـن حسن المعاشرة ، وأدب المساكنة ، وتوفير الراحة لها ، كما ألزم الزوجة بواجبات تقوم بها نحو زوجها من القيام على مصالح البيت ، والزوج، والولد، وأن تكـون له الشريك المخلص على أية حال ، ان نظر اليها سرته ، وان أمرها أطاعته ، وان غاب عنها حفظته فى نفسها وماله •

والولد الذي هو ثمرة الزوجيـة ، ينشأ بـين أبوين ينتسب اليهما ، ويقومان على تربيته ، وتهذيبه ، واعداده لمواجهة الحياة، فلا يكون شيئا مهملا، مضيعا، ولا يصير كلا على الامة ، وبلاء على المجتمع ، كما هو الشأن فـي الاولاد الذين هم ثمرة الجريمة • جريمة السفاح والاباحية • وبهذا الاطمئنان والاستقرار الذي يتوفر لافراد الاسرة ، تكون الحياة هادئة رتيبة ، ومن وراء ذلك ، الخير كل الخير ، والسعادة كل السعادة •

وأما مصلحة الامـة : ـ

فالأمة هي مجموعة الأفراد ، كيانها منهم ، وقوتها بهم ، فاذا ما تناسـل أفرادها تناسلا منظما مشروعا ، وتكاثروا تكاثرا مضطردا متزايدا ، كان فـي

هذه الكثرة ، منعة الامة وغيظ العـدو •

والامة هي مجموعة الاسر • واذا استقرت حيـاة الاسر فى أمـة ما ، استقرت حياة الامـة كلها ، والدولة التي تمشي على نظام شرعي فى حياتها العائلية ، لابد أن تتوفر لهـا كل مقومات الراحة والطمأنينة ، لان استقرار الحياة البيتية يؤدي ضرورة الى استقرار حياة الامة فى مجموعها ، فتنصرف بكليتها وبدون شواغل معوقة الى الانتـاج فى ميدان الزراعة ، والصناعة ، والعمل بكل صنوفه وألوانـه •

والامة التي ينشأ الاولاد فيها ، فى كنف آبائهم وامهاتهم ، يقومون على تربيتهم وتوجيههم الىالحياة الكادحة العاملة ، أمة يرجى لهـا الخير ويؤمل لهـا السـعادة •

والامة التي يعيش أفرادها عيشة الحيوانات ، ينزوا ذكورهم على اناثهم، دون قواعد ولا قوانين ، وينشأ فيهـا أولاد من سفاح ، لا يعرفون لهم عائلا يلوذون به ، ولاموجها يسترشدون بتوجيهاته وارشاده ، أمة لا يرجى لهـا خير ، ولا يمكن أن تقوم لها قائمة •

ومن خطل الرأي مايقال من أن الاولاد الذين يولدون نتيجة اتصـال غير مشروع ، يمكن أن تتولاهم هيئة حكومية ، أو غير حكومية ، كالملاجىء العامة، تقوم على تربيتهم والعناية بشأنهم •• من الخطل والخطأ أن يقال ذلك ، لان الواقع يكذبه • (فالحرب العالمية الاخيرة نتج عنها وجود عدد كبير مـن الاطفال لا آباء لهم ولا امهات فقامت عـلى رعايتهم ملاجىء، وكانت هـذه فرصة مواتية للموازنة بين الطفل يتربى بين أبويه ، والطفل يتربى فى الملاجىء، من حيث النمو الجسمي ، والعقلي ، والعاطفي ، والخلقي ، وقد انتهزها العلماء لهذه الدراسة، فوجدوا أنه من ناحية النمو الجسمي فى السنة الاولى ، ينمو ابن الملجأ نموا حسنا ، ربما كان خيرا من نموه بين أبويه لو تكفلاه ، لفضل الرعاية الصحية ، والغذاء الطبي ، والكفاية منه فى الملاجىء الاوربية ، وبعد

مجاوزة العام الاول ، يدخل فى التكوين الجسمي عامل العاطفة ، والنطق ، والتكوين العقلي ، وهنا نجد الطفل بين أبوين ، يفوق ابن الملجأ فى ذلك ، وله أثره في الجسم) »(١) •

وأما مصلحة النوع الانساني : ـ

فليس المقصود من الزواج هو قضاء الشهوة فحسب ، والا كان الانسان والحيوان على درجة سواء ، وانما المقصود الاصلي ، هو حفظ النسل ، وبقاء النوع الانساني ، الذي استخلفه الله فى الارض ، واستعمره فيها ، وليس قضاء الشهوة التي هي أثر رغبة الجنس واندفاعه نحو الجنس ، الا وسيلة لطلب الولد ، وتحقق النسل • ولذا نجد القرآن الكريم كثيرا ما ينوه ويمتن على عباده بنعمة الولد ، الذي يكون ثمرة الزوجية الصحيحة فيقول فى سورة الروم « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » ويقول في سورة النحل « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمةالله هم يكفرون » •

وكذلك نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يرغب فى طلب الولد من طريق الزواج ، ولا يرضى للمسلم بالزوجة العقيم التي لا تلد ، لان الشهوة ليست كل شيء ، وانما الولد والولد أولا ، هو الذي يجب أن يطلب ويرجى من وراء الزواج • روى معقل بن يسار أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وانها لاتلد ، أفأتزوجها فقال : لا • ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة ، فقال « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم » •

قد يقول قائل ان بقاء النوع الانساني ، يتحقق ويتم بمجرد اجتماع الرجال بالنساء دون تقيد بقيود ، ودون الرجوع الى نظام متبع ، ومنهج

---

(١) هامش الاحوال الشخصية للشيخ أبي زهرة ص ١٨، وانظر ما نقله بعد ذلك عن كتاب « أطفال بلا أسر » ترجمة محمد بدران ورمزي يسى .

مشروع ، كما هو الشأن فى سائر الحيوانات ! وللرد على هذا نقول :

ان بقاء النوع الانساني ، يخالف بقاء سائر الحيوانات ، اذ أن بقاء الانسان لابد أن يكون على أكمل وجوه البقاء وأرقاها ، حتى يتمشى ذلك مع منزلته التي خصه الله بها حيث يقول « ولقد كرمنا بني آدم » وحيث يقول « اني جاعل فى الارض خليفة » أي آدم وذريته . استخلفهم الله فى الارض لعمارتها واستثمارها الى أن يرث الله الارض ومن عليها . ولا يتحقق بقاء الانسان على الوجه الأكمل . وصلاحيته لهذه المهمة التي وكلها الله اليه الا باتباع أحكام الزواج التي جاءت بها شريعة الله لانها شريعة تنظم التناسل ، وتنظم المحافظة على النسل ، وتدعو للعمل على رقيه واسعاده .

أما مجرد اتصال الرجل بالمرأة ، دون حدود ولا قيود ، فهذا رغم ما فيه من عوامل الهدم والفساد ، لا يمكن أن يكون من ورائه حفظ النوع من الفناء ، وان حفظ من الفناء ، فلا يمكن أن يكون على حال تناسب انسانيته ، وتلائم كرامته ، واعتبر ذلك بالامم التي يقل فيها الزواج فانها توشك على الانقراض الذي هو نتيجة حتمية لعدم التناسل المنظم .

٥ ـ عناية الشارع بالزواج وترغيب الناس فيه : ـ

يعتبر الزواج بحق ، أهم العلاقات التي ينشئها الانسان فى حياته ، وأعظمها خطرا ، وأبعدها أثرا ، فهو من العلاقات التي يقصد فيها الدوام ، ويترتب عليها صلات وقرابات ، وينتج عنها الأولاد من البنين والبنات، لذا نجد الشارع الحكيم ، ينظم هذه العلاقة تنظيما دقيقا ، ويحتاط لها من بدء التفكير فيها ، كما يحتاط لها فى انشائها ، وبقائها ، وانهائها .

يعلم الشارع أن صلاح الزوجة فيه استقرار للحياة الزوجية على الوجه الاكمل فيقول النبي صلى الله عليه وسلم : « تنكح المرأة لاربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فأظفر بذات الدين تربت يداك » .

ويعلم الشارع أن صلاح الزوج ، فيه استقرار الحياة الزوجية كذلك ، فيوجه الخطاب الى الاولياء ، على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام بقوله « اذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه الا تفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير » .

ويعلم الشارع أن الزوجية لا تدوم الا اذا كانت الرغبة متوفرة لدى الرجل فى اقترانه بالمرأة ، ولدى المرأة فى اقترانها بالرجل ، فحث الرجل عند الخطبة على أن ينظر الى المرأة ، فان رأى منها ما يدعوه الى نكاحها فعل ، وذلك أحرى أن يؤدم بينهما .

كما أباح للمرأة أن تنظر الى الرجل وتتعرف من صفاته وخَلقه وخُلقه ما يرغبها فى الاقتران به . لان المرأة والرجل فى هذا الحق على سواء .

ويعلم الشارع أن عقد الزواج له خطره ، وآثاره ، فيشترط لصحته شهادة شاهدين ، أو الاستفاضة بين الناس ، والاعلام به حتى لا يكون هناك مثار للشك ، ومدعاة للريبة ، كما لا يكون هناك سبيل لجحود الزوجية وانكارها من أحد الطرفين .

كذلك يعلم الشارع أن الحياة الزوجية لابد فى استقرارها من اخلاص متبادل بين الزوجين ، وثقة كل فى صاحبه ، وحرصه على توفير الراحة له ، فدعى الى طاعة الزوجة زوجها ، ورفق الزوج بزوجته ، وألزم كل واحد بواجبات ، يتحتم عليه القيام بها نحو الآخر .

ثم شرع الله الطلاق ، ليكون علاجا للحياة الزوجية التي يطول فيها الشقاق ، ويتعذر الوفاق ، ولم ينس أن يحذر من الظلم الذي قد يوقعه الزوج بزوجته عند الطلاق ، مضارة لها ، ونكاية بها فقال : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وقال « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » وقال « فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » وقال « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » ...

لهذه المعاني العالية فى الزواج ، ولهذا النظام الدقيق فيه، ولما يترتب عليه من خير ، نجد الشارع الحكيم يعده من آياته ، ويجعله من أهم النعم على عباده ، فيدعوهم الى الاخذ به ، فيقول عز من قائل « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ويقول « وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم» ويقول «.. وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ يعني المحرمات من النساء ـ أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » ويقول « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » . ويقول عليه الصلاة والسلام « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة «[1]» فليتزوج فانه أغض للبصر ، وأحصن الفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فانه له وجاء » «[2]» وقال « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » وقال « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته » وقال « من أراد أن يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر » .. وغير هذا كثير من الآيات والأحاديث ، التي تحض على الزواج ، وترغب فيه .

ولكن من الناس من يعرض عن الزواج ، ويرى أن هذا لون من ألوان الزهد والصلاح ، وكذبوا على الله ورسوله ، فلا عبادة ولا زهادة فى الكف عن الزواج ، اذ لا رهبانية فى الاسلام ، وقد صح أن ثلاثة رهط جاءوا الى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته عليه الصلاة والسلام فلما أخبروا كأنهم تقالوها فقالوا وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم قد غفر الله له ماتقدم من ذنبه وما تأخر، فقال أحدهم، أما أنا فاني أصلي الليل أبدا ، وقال آخر أنا أصوم الدهر ولا أفطر ، وقال آخر أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « أنتم الذين قلتم

---

(١) الباءة : القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه . (٢) الوجاء : من وجأ بمعنى قطع لان الصوم يقطع الشهوة .

كذا وكذا ، أما والله اني لاخشاكم لله ، وأتقاكم له ، لكنـي أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » .

ومن الناس من يعرض عن الزواج تهيبا من تبعاته، وخوفا من مستلزماته، واكتفاء بغير ما أحل الله !! . وهذا أخطر شيء على حياة الامة ، وأكبر عامل يقوض من بنيانها ، ويهد من أركانها ، ويذهب بمقوماتها وشرفها ، فالامـة التي يعرض شبابها عن الزواج ، أمة ينتشر فيها الفسق والفجور ، وتكثر فيها العداوات والبغضاء ، ويتكون بنيانها العام مـن أفراد لا تماسك بينهم ، ولا نخوة عندهم ، ولا عزة ترفع من شأنهم . والامة التي يتهيب أفرادها التبعات ، ويتجنبون تحمل المسئوليات ، أمة خاملة هازلة !! ..

نعـم فى الزواج مسئوليات ، وله تبعات ، ولكنها مسئوليات الانسانية الكاملة ، وتبعات الحياة الفاضلة ، وغير ذلك رضى بحياة البهائم والحيوانات .

ومن الشباب ، من يرى أن الزواج شـر وبلاء ، ومصدر للخصومات ، والوقوف بين يدي القضاء ، وهذا خطأ بين ، فالشر ليس فى الزواج ، وانما هو فى سوء استعماله ، وعدم الاخذ بتعاليم الدين فى كل خطواته ، من الخطبـة الى الفراق ، بالموت أو الطلاق . فكثير من الناس حينما يختار الزوجة لا يحكم عقله ، ولا يحتكم لنصائح الدين ، ولكن يحكم عاطفته ، ويتغاضى عن نصائح الدين وارشـاده .

يخدع كثير من الناس بالمظاهر ، ويفتنون بالجمال والمال والجاه ، ولا يرون الدين من دواعي الرغبة فى المرأة ، ولا الخلق الكريم من أسباب الاقتران بها . والجمال يردى ، والمال يطغى ، والجاه يغرى ، والرسول يحذر من ذلك كلـه فيقول « لا تزوجوا النساء لحسنهن . فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولامـة سوداء ذات دين أفضل » ويقول فى حديث آخر « تنكح المرأة لاربع لمالهـا، ولحسبها، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » .

ويقول فى حديث آخر « اياكم وخضراء الدمن قالوا يارسول الله وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء » .

وكذلك قد يخدع ولي المرأة بالمنصب والجاه ، أو يفتن بغنى كهل عجوز، طمعا فى ماله ، فيزوج من فى ولايته وهي فى شرخ صباها . وعز شبابها ، بمن يكبر عن سنها . وتناسب السن أهم شيء فـي الزواج .

ومن الناس من لا يعرف حقوق الزوجية ، فالرجل أو المرأة قد يسيء كل منهما استعمال حقه ، ولا يقـوم بواجبه نحو الآخر ، مما يؤدي الى سـوء العلاقة أو انقطاعها ، ومن وراء ذلك المتاعب والمشاكل التي لا تنقطع !! ..

الحق ، أن نظام الزواج ، لو اتبع فى كل خطوة من خطواته ، وسار كل من الرجل والمرأة على نور من هداية الله ورسوله ، لادى ذلك الى قيام زوجية مثاليـة ، فيها الهدوء والسكينة، ولكن سـاء استعمال هـذا الحق فكانت الشكوى ، وكان العزوف عن الزواج ، والعيب فى الناس ، لا فى شـريعة رب النـاس .

٦ ــ صفـة الزواج الشرعيـة :ــ

صفة الزواج الشرعية : وهي حكمه التكليفي من وجوب وحرمه .. الخ تختلف باختلاف حال المكلف من رغبة فى الزواج وقدرة عليـه وعجز عنه ، لذلك نجـد الزواج تعتريـه الاحكام الخمسة وهي الفرضية ، والوجوب ، والحرمة والكراهة ، والاباحـة .

فيكون فرضا : ١ ــ ان قدر على الزواج وتكاليفه، ٢ ــ وأمن على نفسه من ظلم الزوجة ٣ ــ وتحقق الوقوع فى الزنى لو لم يتزوج .

ويكون واجبا : ١ ــ ان قدر على الزواج وتكاليفه ٢ ــ وأمن عـلى نفسهمن ظلم الزوجة ٣ــ وخاف ــ لاعلى جهة القطع ــ من الوقوع فى الزنى .

ويكون حراما : اذا تيقن من ظلم الزوجة والاضرار بها .

ويكون مكروها : اذا خاف ظلم الزوجة والاضرار بها ، ولم يبلغ خوفه درجـة اليقين .

ويكون مباحا : فى حال الاعتدال ، وهي الحال التي يقدر فيها على الزواج وتبعاته ، ويتيقن من عدم ظلم الزوجة لو تزوج ، ومن عدم الوقوع فى الزنى لو لم يتزوج .

والقول بالاباحة مذهب الشافعية ، واستدلوا لمذهبهم بأدلة منها ، أن النصوص الواردة فى الزواج ، كثيرا ما تكون بلفظ الحل ، كما فى قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » وهذا هو معنى الاباحة .

أما الظاهرية فيقولون بفرضية الزواج فى هذه الحالة ــ حالة الاعتدال ــ أخذا بظواهر النصوص التي وردت بصيغة الامر فى القرآن والسنة ، لان الامر حقيقة فى الوجوب أي الفرضية (١) ، ويؤكد هذا ملازمة النبي والصحابة له .

وأما الحنفية والمالكية والحنابلة ، فيرون أن الزواج فى هذه الحالة الاخيرة ، سنة مؤكدة أو مندوبا أو مستحبا ــ على حسب اختلاف عباراتهم فى ذلك ــ ودليلهم على مذهبهم هذا ، أن النبي صلى الله عليه وسلم داوم على الزواج حتى قبضه الله اليه ، وداوم عليه أكثر الصحابة ، ولو كان مباحا غير مطلوب ، لكان تفرغ الرسول والصحابة للعبادة أفضل من المداومة عليه ، واستدلوا بما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام للرهط الثلاثة ــ وفيهم من ألزم نفسه بالتبتل عن النساء ــ «... لكني أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني » أي ليس على طريقتي وهديي ، قالوا : والنصوص التي جاء طلب الزواج فيها بصيغة الامر ، مصروفة عن معنى الوجوب الى معنى الندب للقرائن الدالة على ذلك وهي كثيرة .

ولا شك أن هذا الرأي الاخير القائل بالسنية أو الندب ، قول يتمشى مع المصلحة الخاصة والعامة التي يرمي اليها الشارع من وراء الزواج .

بقى بعد ذلك، أنه قد تتعارض دواعي الطلب للزواج ، ودواعي المنع منه

---

(١) لان الفرض والواجب عندهم بمعنى واحد .

وذلك كأن يوجد شخص يتيقن أو يظن الوقوع فى الزنى لو لم يتزوج ، ويتيقن — مع ذلك — أو يظن أنه يظلم الزوجة ، ولا يقوم بحقها ان تزوج والحكم فى هذه الحالة أن الحرام لا يبيح الحرام، فالخوف من الوقوع فى حرمة الزنى لا يبيح الزواج الذى يترتب عليه ظلم المرأة ، والاضرار بها •

فالواجب ، على من هذه حاله أن يمتنع عن الزواج حتى يطهر نفسه من الظلم ، وأن يقاوم شهوته ، ويعمل على اضعافها ، والحد منها ، وذلك بالصوم الذى أرشد الرسول عليه السلام ، الى أنه هو العلاج لمثل هذه الحالة •

الفصل الثانى

« فــي مقدمات العقــد »

(١) الخطبة (٢) حكمة مشروعيتها (٣) من تجوز خطبتها ومن لا يجوز (٤) أثر الخطبة المحرمة فى العقد (٥) ما يراه الخاطب من المخطوبة (٦) العدول عن الخطبة وأثره •

١ — معنــى الخطبــة : —

الخطبة — بكسر الخاء — هي طلب الرجل الزواج بالمرأة •

٢ — حكمــة مشروعيتها : —

لما كان القصد من الزواج ، دوام العشرة بين الزوجين ، لانجاب الذرية ، واقامة أسرة صالحة ، على أساس من الاستقرار والطمأنينة ، والتعاون على شئون الحياة المختلفة ، ومواجهة تكاليفها ومستلزماتها بروح من الحب والمودة، كان لا بد للرجل — قبل أن يقدم على الاقتران بامرأة ما — أن يتبصر فى الامر، ويتروى فى الطلب ، ويتحسس مواضع الخير فيمن يريدها زوجة له ، ويتبين مواطن الرغبة فيها ، فان اطمأن اليها أقدم على الارتباط بها ، والا أحجم عنها وانصــرف •

وليس حق التعرف قاصرا على الرجل وحده ، بل للمرأة أيضا أن تتعرف على الرجل ، لان الزواج شركة ، ومنافع متبادلة ، ولا بد للشريك أن يعرف شريكه ، فالمرأة والرجل فى هذا الحق سواء .

٢ — من تجوز خطبتها ومن لا تجوز :—

فى ذلك التفصيل الآتي :—

أولا : كل امرأة ليست محرمة على جهة التأبيد ولا على جهة التأقيت، وليست مخطوبة للغير ، يحل خطبتها تصريحا وتلميحا .

ثانيا : كل امرأة لا يجوز العقد عليها لا يجوز خطبتها ، لان الخطبة مقدمة العقد ، ومتى كان العقد غير جائز ، كانت الخطبة غير جائزة أيضا ، وكانت عبثا ، وعلى هذا تحرم الخطبة تصريحا وتلميحا لمن تحرم على التأبيد كالعمة والخالة والأخت نسبا أو رضاعا ، ولمن تحرم على التأقيت ، كأخت الزوجة ، وزوجة الغير ، والمعتدة من طلاق «[1]» رجعي باتفاق .

أما المعتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى أو كبرى ، فمذهب الحنفية أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تلميحا ، مادامت العدة قائمة لبقاء بعض آثار الزوجية فى الطلاق البائن بنوعيه ، ومذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية جواز خطبتها تلميحا فقط ، نظرا لان الطلاق البائن يقطع الزوجية ، وهذا كاف فى جواز التلميح ، أما التصريح فلا يجوز مراعاة لجانب الزوج المطلق ما دامت فى عدتها منه .

وأما المعتدة من وفاة ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على جواز خطبتها تلميحا وتعريضا ، ومنعوا منعا باتا خطبتها على جهة التصريح ، وبهذا جاء القرآن الكريم حيث يقول سبحانه فى سورة النساء بعد ذكر عدة المتوفى عنها زوجها « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم علم

---

(١) الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل فالزوجية معه باقية ما بقيت العدة .

الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما فى أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم » •

وانما أباح الشارع التعريض بالخطبة فى العدة بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ، ولم يبح التعريض بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن ــ كما هو مذهب الحنفية ــ لانه فى حالة الوفاة قد انقطعت الزوجية بالمرة ، فلا يتصور عودتها مرة أخرى ، أما المطلقة طلاقا بائنا ، فانها وان انقطعت زوجيتها ، فهي على احتمال أن تعود مرة ثانية بعقد جديد ، وأيضا فان المطلقة طلاقا بائنا ربما دعاها ذلك الى ادعاء انتهاء العدة ــ وهي لم تنته بعد ــ خوفا من ضياع الفرصة أو استعجالا للحصول عليها ، ومعلوم أنها تصدق فى دعوى انتهاء العدة ما دامت المدة محتملة ، أما المتوفى عنها زوجها فعدتها مقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام ان كانت حائلا ، وبوضع الحمل ان كانت حاملا ، فلا سبيل الى دعوى انقضاء العدة قبل الوضع ، أو مضى المدة المقررة شرعا •

هذا ولا خفاء فى الفرق بين التصريح والتعريض فى الخطبة ، فالتصريح أن يذكر لفظا لا يحتمل سوى معنى الخطبة ، والرغبة فى الزواج من المرأة ، كقوله مثلا : أريد الزواج منك ، أما التعريض أو التلميح فهو أن يذكر لفظا يحتمل معنى الخطبة ويحتمل معنى آخر كقوله : وددت لو وفقني الله للزواج من امرأة مثلك ، أو اذا انتهت عدتك فأعلميني ، ومن حسن التعريض بالخطبة، ما روي من أن سكينة بنت حنظلة قالت : استأذن على محمد بن علي بن الحسين ، ولم تنقض عدتي من مهلك زوجي ، فقال : قد عرفت قرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقرابتي من علي، وموضعي فى العرب ، قلت غفر الله لك يا أبا جعفر ، انك رجل يؤخذ عنك، تخطبني فى عدتي ؟ قال : انما أخبرتك بقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن علي •

ثالثا ــ مخطوبة الغير : مخطوبة الغير أما ان توافق على الخطبة ، واما أن

ترفض، وأما ان تسكت ولا تصرح برفض أو قبول .

فان وافقت على الخطبة وتم التراضي، فلا يجوز لشخص آخر أن يتقدم لخطبتها وهو يعلم بالموافقة، لما فى ذلك من الاعتداء على الخاطب الاول، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر »

وان رفضت الخطبة صراحة : حل لاي شخص أن يتقدم لخطبتها حيث زال المانع .

وان سكتت ولم يكن منها ما يدل على الموافقة أو الرفض : فقد اباح بعض الفقهاء خطبتها لان السكوت يعتبر رفضا ، وهذا أحد قولين للشافعي ، وذهب أكثر الحنفية والمالكية الى انه لايجوز خطبتها لغير الخاطب الاول ، لان السكوت لايدل على الرفض ، بل ربما كان للبحث والتحري عن حال الخاطب الاول .

٤ ــ أثر الخطبة المحرمة فى العقد :

من خطب معتدة الغير ، أو مخطوبة الغير فهو آثم باجماع المذاهب ، مستحق للعقاب فى الآخرة ، واذا ما أوقع عقد الزواج بعد ذلك وقع صحيحا «[1]»، وترتبت عليه آثاره ، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والجعفرية، وعليه العمل الآن في المحاكم .

وذهب داود الظاهري الى القول بعدم صحة العقد ، ولزوم فسخه ، دخل بها أو لم يدخل، لانه يرى أن النهي عن الخطبة نهى عن النكاح حقيقة ، وعن ابن حزم الظاهري مثل ذلك الا أنه يرى أن من اعتقد أنه خير للمرأة فى دينها ، وحسن صحبتها من الخاطب الاول ، فلا مانع من أن يخطبها هو ويعقد عليها ، لانه ابتغى الخير والنصح لها ، والدين النصيحة .

---

(١) بشرط أن يكون العقد بعد انقضاء العدة بالنسبة للمعتدة . فان عقد عليها أثناء عدتها لا يصح العقد .

وعن الامام مالك ثلاثة أقوال : قول يوافق مذهب الحنفية ومن معهم ، وقول يوافق مذهب الظاهرية ، وقول بفسخ العقد قبل الدخول، وبعد الدخول لا فسخ لان العقد تأكد به •

٥ ـ ما يراه الخاطب من المخطوبة : ـ

الحسن والجمال أمر اعتباري ، ولكل ذوقه ، فمن تكون على جانب من الحسن والجمال فى ذوق بعض الناس ، قد لا تكون على شيء من ذلك في رأي بعض آخر ، لذا لا يكفي فى التعرف على حسن المرأة وجمالها اخبار مخبر، أو ارسال رسول من قبل الخاطب، كأمه، أو اخته، للتعرف على مبلغ جمال المخطوبة ، لهذا نجد الشارع لا يرضى للخاطب أن يقدم على الزواج من امرأة دون التعرف على دواعي الرغبة فيها ، فيدعوه فى أكثر من حديث الى النظر الى المخطوبة ، فيقول عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة ـ وقد خطب امرأة دون أن ينظر اليها ـ (انظر اليها فانه أحرى ان يؤدم «[1]» بينكما) • وعن جابر رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر منها ما يدعوه الى نكاحها فليفعل » قال جابر : خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت ما دعاني الى التزوج منها فتزوجتها ـ وعن أبي هريرة رضى الله عنه : أن رجلا خطب امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « انظر اليها فان فى أعين الانصار شيئا » يعني ضيقا •

من هذه الاحاديث يتبين بوضوح اباحة الشارع نظر الخاطب للمخطوبة، ولكن ما هو القدر الذي يباح للرجل أن ينظر اليه من المرأة ؟ • ذهب الفقهاء الى أن المباح هو النظر الى وجهها وكفيها ، لان الوجه يدل على الجمال ، ويشف عن الحالة النفسية التي تنطبع على تقاسيمه ، وتظهر فى لمحاته ، واليدان يدلان على خصوبة البدن أو عدم خصوبته • وزاد بعض الحنفية على ما تقدم القدمين ، وزاد الحنابلة الرقبة ، وزاد بعض الجعفرية الشعر ، وغالى الظاهرية

---

(١) أي ان تحصل الموافقة والملاءمة بينكما •

فأباحوا النظر الى جميع أجزاء جسمها •

ولا مانع عند هؤلاء جميعا ، من تعدد النظر ، ومداومته، الى الحد الذي يكفي للتعرف لان التعرف لا يكون — فى الغالب — من نظرة واحدة ، كما أنه لا بأس من أن يكون النظر الى من يريد خطبتها ، بدون علمها ، وعلى غفلة منها، لقول جابر، وهو صحابي جليل لرأيه قيمته « خطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني الى التزوج منها فتزوجتها » • ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم اذا خطب أحدكم امرأة ، فلا جناح عليه أن ينظر منها ، اذا كان انما ينظر اليها لخطبة ، وان كانت لا تعلم » •

ولعل رؤية المخطوبة دون علمها أولى وأوفق من رؤيتها وهي تعلم أن ذلك من أجل الخطبة ، لانه فى الحالة الاولى ان زهد فيها ورغب عنها ، تم ذلك دون شعور منها ، فلا يجرح كرامتها ، ولا يؤذي شعورها ، أما فى الحالة الثانية ، فان فى الاعراض عنها ايذاء لها ، وادخالا للحسرة على نفسها ، وهذا ما لا يرضاه الله ورسوله •

بقى أن نقول ان هذا الحق — حق النظر للمخطوبة — ثابت للمرأة أيضا ، لان المرأة يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ، وتكره منه ما يكره منها ،ولها رغبة فى صفات ،ورغبتها لها اعتبارها فى استقرار الحياة الزوجية، بل نظر المرأة الى الرجل ، والتعرف على حاله ، أولى من نظر الرجل الى المرأة ، لان الرجل قادر على الخلاص منها بالطلاق ، لو ظهر فيها ما يبغضها اليه ، أما المرأة فلا تملك الطلاق ، فاني لها الخلاص ؟ •

هذا • وقد يحتاج تعرف الرجل على المرأة وتعرف المرأة على الرجل، الى أن يجلس كل منهما الى الآخر ، وأن يأخذا بأطراف الاحاديث بينهما ، وهذا لا يرى الشارع فيه بأسا ، بل يدعو اليه اذا اقتضى الحال ، ولكن بشرط ألا تكون هناك خلوة ، فلابد من وجود محرم للمرأة معهما كأبيها ، أو اخيها ، أو عمها •

أما ما يفعله كثير من الناس فى هـذه الايام من الاختلاط بالمخطوبة ، والخروج معها ، على انفراد الى الاماكن العامة، ودور اللهو ، بالنهار وفـي الليل بحجة أن هذا أبلغ فى تعرف كل منهما على خلق الآخر وطبائعه ، فذلك من عمل الشيطان ، وعواقبه قد تنتهي فى الغالب الى الحاق أذى بالرجل ، أو بالمرأة ، بل الاذى أشد أثرا وابعد خطرا بالنسبة للمرأة ، حيث يعرضها للشك، ويجعلها فى متناول الريبة، « وما اختلى رجل بامرأة الا وكان الشيطان ثالثهما »

٦ ـ العدول عن الخطبـة وأثره : ـ

قبول الخطبة ليس أكثر من وعد بالزواج من جانب كل مـن الخاطب والمخطوبة ، ولو تأكد ذلك بقراءة الفاتحة ، كما يجري عليه عمل الناس •

والخطبة ليست عقدا حتى يترتب عليها ما يترتب عـلى عقد الزواج ، وهي غير ملزمة بذاتها واحدا مـن الطرفين بامضاء العقد ، بل لكل منهما أن يعدل عن الخطبة شرعا وقانونا ، وان كان هذا مكروها ، لانه لا يستقيم مع صدق الوعد ، وفضيلة الوفاء ، اللهم الا اذا كان فى فسخ الخطبـة مصلحة محققة تبرر خلف الوعد ، وترجح نقض الاتفاق •

ولكن، قد يحدث أن يسلم الخاطب للمخطوبة كل المهر أو بعضه بمجرد الخطبة وقبل العقد ، كما يحدث أن يقدم لها بعض الهدايا من الثياب أو الحلى أو ما أشبه ذلك • فهل اذا فسخت الخطبة من الجانبين ، أو من أحدهما يكون للخاطب حق الرجوع فيما قدمه من المهر أو الهدايا ؟ وللجواب عن هذا نقول

أما المهر : فللخاطب حق الرجوع فيه مادام العقد لم يتم لان استحقاق المرأة للمهر ، انما هو نتيجة تمام العقد ، وما دام العقد لم يقع فلا حق لها فـي المهر أصلا ، وعليها رده للخاطب بعينـه ان كان باقيا ، وان هلك أو استهلك فعليها رد مثله ان كان مثليا، أو قيمته ان كان قيميا ، وهذا باتفاق أصحـاب المذاهب عـلى اختلافهـا •

وأما الهدية : فذهب الحنفية : الى أن الخاطب له الحق فى استردادها ما دامت باقية ، أما أن هلكت ، أو استهلكت ، أو حصل فيها أي مانع من موانع الرجوع فى الهبة «(١)» ،فليس للخاطب حق الرجوع، لان الهدية هبة ، والهبة لا تسترد حال وجود مانع من موانع الرجوع فيها . وهذا الحكم يستوي فيه ، كون فسخ الخطبة من جانبهما معا ، أو من جانب الرجل وحده ، أو من جانب المرأة وحدها .

ومذهب الجعفرية : كمذهب الحنفية غير أنهم قالوا باسترداد الهدية ولو هلكت، ان كانت مشروطة بالزواج من المهدي .

وذهب الشافعية : الى أن للخاطب حق الرجوع فى الهدايا ، باقية او هالكة ، سواء اكان الرجوع من قبل المرأة ، أم من قبل الرجل، أم من قبلهما معا ، .

أما المالكية : فالمعتمد عندهم أن الشرط معتبر ، والعرف محكم، ان كان ثمت شرط او عرف، والا فان كان الرجوع من قبل الرجل، فلا حق له فى الرجوع فى الهدية على المرأة مطلقا، لانه بالرجوع يجمع عليها بين مصيبتين ، مصيبة الاعراض عنها ، ومصيبة استرداد ما قدم لها . وان كان الرجوع من قبل المرأة، فله حق استرداد الهدية مطلقا « باقية أو هالكة » بعينها، أو مثلها، أو قيمتها ، لانه لا يجمع على الرجل بين ضياع ماله وفوات الخطبة .

والحق ان مذهب المالكية أوفق وأرفق، وقد وقعت محاولات تشريعية لالتزام العمل به لاولويته ، ولكن رغم هذه المحاولات لا زال العمل فى هذه المسألة على مذهب الحنفية فى مصر، وفى العراق .

---

(١) موانع الرجوع فى الهبة هي (١) زيادة الموهوب (٢) موت الواهب او الموهوب له (٣) تعويض الواهب عن الهبة (٤) خروج الموهوب عن ملك الموهوب له (٥) قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له حال الهبة (٦) القرابة المحرمية (٧) هلاك الموهوب او استهلاكه .

حكم الضرر المترتب على فسخ الخطبة : ــ

كثيرا ما يتم التراضي على الخطبة ، ويقوم الرجل من جانبه باعداد المسكن اللازم للحياة الزوجية ، أو تقوم المرأة بشراء الجهاز ، أو تستقيل من وظيفتها لتتفرغ لشئون البيت ، ثم يحدث بعد ذلك أن تفسخ الخطبة من جانب المرأة ، فيلحق الرجل ضرر بما كلف نفسه من نفقات اعداد المسكن ، أو تفسخ من جانب الرجل، فيلحق المرأة ضرر بما تكلفته من ثمن الجهاز ، أو بما يترتب على تركها الوظيفة من سد طرق العيش فى وجهها •• فهل فى مثل هذه الحالة يحكم بالتعويض على من الحق الضرر بصاحبه ، بسبب فسخه الخطبة ، أو لا يحكم بشيء ؟

الحق أن النصوص الفقهية ليس فيها نص صريح فى هذه المسألة ، ولكن من القواعد العامة ، قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (الضرر يزال)، وهذا يعطينا أن المتسبب فى الحاق الضرر بغيره عليه ازالته ، وطريق ازالته فيما نحن بصدده ، التعويض •

وهناك قاعدة اخرى تقول (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ، وهذه القاعدة تعطينا ــ فى بحثنا هذا ــ أن من عدل عن الخطبة ، فقد استعمل حقه الشرعي، ومن استعمل حقه الشرعي، غير ضامن، ولا مطالب بالتعويض، عما نشأ من ضرر لحق غيره باستعماله حقه •

لهذا نجد القضاء يتردد بين هاتين القاعدتين ، فمن القضاة فى مصر من حكم بالتعويض، عملا بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وبقاعدة (الضرر يزال)، ومنهم من لم يحكم بالتعويض عملا بقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ، ولان فى التعويض شبه اكراه على اتمام عقد الزواج ، وهذا لا يتفق مع مايجب أن يكون عليه عقد الزواج من رضى الطرفين ، وحريتهما التامة فى انشائه ؛ ولان الخاطب والمخطوبة ، يعلمان أن لكل منهما حق الفسخ فى أي وقت ، ما دام العقد لم يحصل، فان أقدم واحد منهما على عمل ما ، بناء على الخطبة ،

ثم لحقه الضرر، نتيجة العدول عنها، فذلك نتيجة تسرعه فى أمر كان له فيه أناة .

والحق انه يجب أن ننظر الى الضرر الحاصل ، على اي شيء ترتب ؟ ان كان قد ترتب على مجرد الخطبة ، دون تحريض وايعاز من الطرف الآخر ، فلا تعويض، لان هذا الضرر نتيجة الاغترار والتسرع، وكان الواجب التريث فى الامر حتى يتم العقد، وحيث لم يتريث فهو وحده الجاني على نفسه .

وان كان قد اقترن بالخطبة وعد من الطرف الآخر وتحريض، بحيث يعتبر هو المتسبب فى الضرر، فحينئذ يجب التعويض على من غرر بصاحبه وخدعه ، وليس هذا التعويض أثرا للرجوع فى الخطبة ، لان ذلك حقه، ولا شيء عليه فى استعمال حقه ، وانما هو أثر للتغرير الحاصل منه لصاحبه حيث وعده وخدعه وتسبب في الحاق الضرر به .

وننهي البحث فى هذه المسألة بما ذكره الاستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري من أن القضاء قد استقر على ما يأتي : —

(١) الخطبة ليست بعقد ملزم .

(٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض .

(٣) اذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية «[١]» .

---

(١) انظر الاحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ٥٥ .

الباب الثانى

« فـي : عقـد الزواج »

(١) أركانـه (٢) شروطـه (٣) أقسـامه (٤) المحرمات من النسـاء (٥) الولاية فى الزواج (٦) الوكالة به (٧) الكفاءة بين الزوجين (٨) زواج المسلم بغير المسلمة (٩) زواج غير المسلمين (١٠) اثبات الزوجية ٠

الفصل الاول

« فـي : أركان عقـد الزواج »

(١) بيان الاركان (٢) حقيقة الايجاب والقبول (٣) ولاية العقد (٤) صيغة العقـد (٥) طرق العقـد ٠

١ ـ بيـان أركان العقـد : ـ

أركان عقد الزواج ، هي اجزاؤه التي بها يتحقق وجوده ، ويتم انعقاده ، وهي العاقدان ، والمعقود عليه ، والصيغة ، وهي الايجاب والقبول ٠

ولكن نجد الفقهاء عندما يذكرون أركان عقد الزواج ، يقتصرون عـلى الايجاب والقبول ، ويصرفون النظر عن ذكر العاقدين ، والمعقود عليه ، لان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه ، فلا حاجة لذكرهما ٠

٢ ـ حقيقة الايجاب والقبـول : ـ

عرفوا الايجاب، بأنه ما صدر أولا من أحد العاقدين، للدلالة على ارادة انشاء عقد الزواج ، ورضاه به ـ وعرفوا القبول، بأنه ما صدر ثانيا من العاقد الآخر، للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الاول ٠ ويستوي فى ذلك أن يكون الايجاب من جانب الزوج، أو من يقوم مقامه، من الولي، أو الوكيل ٠

والقبول من جانب الزوجة، أو من يقوم مقامها من الولي أو الوكيل • والعكس، بأن يكون الايجاب من جانب الزوجة، أو وليها، أو وكيلها • والقبول من جانب الزوج ، أو وليه ، أو وكيله •

٣ ـ ولاية العقد : ـ

قد يتولى عقد الزواج من له صفة شرعية ، وهو الاصيل (الزوج أو الزوجة) أو الوكيل، أو الولي ـ وقد يتولاه من ليس له صفة شرعية ، وهو الفضولي ، أي الاجنبي ، الذي ليس أصيلا فى العقد، ولا وليا ولا وكيلا ـ وعلى كل اما أن يتولى العقد من جانبيه (أي جانب الايجاب ، وجانب القبول) اثنان، أو يتولاه واحد فقط، واليك التفصيل :

أ ـ الصور التي يتولى العقد فيها اثنان لهما صفتهما الشرعية : ـ

١ ـ أن يكون العاقدان أصيلين ، وهما الزوج ، والزوجة •

٢ ـ أن يكون العاقدان وليين، أحدهما ولي الزوج، والآخر ولي الزوجة •

٣ ـ أن يكون العاقدان وكيلين، أحدهما وكيل الزوج، والآخر وكيل الزوجة •

٤ ـ أن يكون أحد العاقدين أصيلا عن نفسه ، والثاني ولي عن غيره •

٥ ـ أن يكون أحد العاقدين أصيلا عن نفسه، والثاني وكيل عن غيره •

٦ ـ أن يكون أحد العاقدين وكيلا عن غيره، والثاني ولي عن غيره •

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد فيها باتفاق •

ب ـ الصور التي يتولى العقد فيها واحد فقط، له صفة شرعية : ـ

١ ـ أن يكون العاقد وليا على الزوجين، كالجد يزوج بنت ابنه، من ابن ابنه الآخر، وهما فى ولايته •

٢ ـ أن يكون العاقد وكيلا عن الزوجين، كرجل يزوج موكلته من موكله •

٣ ـ أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه، ووليا على غيره، كرجل يزوج نفسه من ابنة عمه المشمولة بولايته •

٤ ــ أن يكون العاقد أصيلا عن نفسه، ووكيلا عن غيره، كرجل يزوج نفسه من امرأة وكلته أن يزوجها من نفسه •

٥ ــ أن يكون العاقد وليا من جانب ، ووكيلا من جانب آخر، كرجل يزوج بنت أخيه التي فى ولايته لرجل وكله أن يزوجه منها •

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج منعقد، خلافا لزفر، والشافعي ، فانهما يقولان بعدم الانعقاد «[1]»، لان عقد الزواج لايتم الا بارادتين، احداهما موجبة، والثانية قابلة، وهما صفتان متقابلتان، لا يمكن قيامهما بشخص واحد، فى حال واحدة ــ وحجة القائلين بالانعقاد، أن عبارة الشخص الواحد في هذه الحالة، قائمة مقام عبارتين، فاذا قال الولي على الزوج والزوجة، زوجت فلانة من فلان، قام ذلك مقام « زوجت » من جانب الموجب، « وقبلت » من جانب القابل، واحتجوا أيضا بما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال نعم، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت نعم، فزوج أحدهما من صاحبه، بوصفه وكيلا عن الزوجين •

جـ ــ الصور التي يتولى العقد فيها اثنان ، لاحدهما صفة شرعية دون الآخر، أوليس لها معا هذه الصفة : ــ

١ ــ أن يكون الموجب فضوليا، والقابل أصيلا، كأن يقول الفضولي لرجل، زوجت فلانة منك، فيقول الرجل قبلت •

٢ ــ أن يكون الموجب فضوليا، والقابل وليا، كأن يقول الفضولي لرجل زوجت فلانة من فلان المشمول بولايتك ، فيقول الولي قبلت •

٣ ــ أن يكون الموجب فضوليا ، والقابل وكيلا، كأن يقول الفضولي

---

(١) استثنى الشافعي من ذلك مسألة الولي ، كالجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه الآخر، فان الزواج ينعقد بعبارة الجد وحده للضرورة ، لانه متى تعينت ولاية الجد، وكان لابد من الولي فى عقد الزواج، جاز ذلك، والا تعطل أمر الزواج في هـذه الحالـة .

لرجل زوجت فلانة من موكلك فلان ، فيقول الوكيل قبلت .

٤ ــ أن يكون الموجب فضوليا، والقابل فضوليا كذلك، كأن يقول الفضولي لفضولي آخر ، زوجت فلانة من فلان ، فيقول الآخر قبلت .

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ينعقد موقوفا على اجازة صاحب الشأن ، وهو المعقود له أو عليه ، أو من يقوم مقامه ، خلافا للشافعي فانه يرى أن الزواج لا ينعقد بحال ، لان تصرفات الفضولي كلها باطلة عنده .

د ــ الصور التي يتولى العقد فيها واحد فقط ، ليس له صفة شرعية من ناحية ، وله صفة شرعية من ناحية اخرى ، أو ليس له صفة شرعية مطلقا : ــ

١ ــ أن يكون العاقدفضوليا من جانب ، وأصيلا من الجانب الآخر، كأن يقول الفضولي ، زوجت فلانة من نفسي .

٢ ــ أن يكون العاقد فضوليا ، من جانب ، ووليا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولي ، زوجت فلانة من ابني فلان ، وابنه صغير فى ولايته .

٣ ــ أن يكون العاقد فضوليا من جانب ، ووكيلا من الجانب الآخر ، كأن يقول الفضولي زوجت فلان من موكلي فلان .

٤ ــ أن يكون العاقد فضوليا فى الجانبين ، كأن يقول فضولي ، زوجت فلانة من فلان .

وحكم هذه الصور كلها : أن الزواج ، ينعقد فيها كلها ، عند ابي يوسف ولكنه موقوف على اجازة صاحب الشأن ، لانه لا مانع من قيام عبارة العاقد الواحد مقام عبارتي الايجاب والقبول ، من الموجب والقابل . ولا فرق بين كون العاقد له صفة شرعية، أو ليس له صفة شرعية، الا أن العقد نافذ بالنسبة للاول، موقوف بالنسبة للثاني ــ وذهب أبو حنيفة ومحمد وزفر والشافعي ، الى أن الزواج لا ينعقد أصلا ــ أما زفر ، فلانه يمنع انعقاد الزواج اذا تولى العقد واحد فقط، وكان ذا صفة شرعية ، فمن باب أولى ألا ينعقد مع انعدام الصفة الشرعية .

وأما الشافعي ، فكذلك، ولانه يرى أن عقد الفضولي يقع باطلا من

أساسه — وأما ابو حنيفة، ومحمد، فيقولان : انما قلنا بانعقاد الزواج بصدور العقد من جانب واحد عندما كان العاقد ذا صفة شرعية ، لان الولاية أو الوكالة متى ثبتت كان ذلك قرينة على أن العاقد قائم مقام الاصيل ومعبر عنه ، فعبارته تفيد معنى الايجاب والقبول، أما من ليس له صفة شرعية وهو الفضولي، فليس هناك قرينة قائمة تدل على أنه قائم مقام الاصيل، ومعبر عنه، فتكون عبارته حينئذ هدرا ، وليس لها أثر ما .

هذا ، وينبغي أن تعلم أن كل العقود — عدا عقد الزواج — كالبيع ، والاجارة ، والرهن ، لابد أن يتولاها اثنان ، أحدهما موجب ، والآخر قابل، «[1]» وهذا باتفاق ، أما عقد الزواج فقد أجاز من ذكرنا سابقا أن يتولاه عاقد واحد، باعتبار واحد أو باعتبارين مختلفين، والسر فى أن عقد الزواج ينفرد بهذا ، دون سائر العقود، هو أن الحقوق، والواجبات، وسائر أحكام العقد فى الزواج، ترجع الى الاصيل، وهو الزوج، أو الزوجة، فيطالب الزوج بالمهر والنفقة مثلا وتطالب المرأة بتسليم نفسها لزوجها ، وطاعتها له، ولا يطالب من باشر العقد بشيء من ذلك مطلقا ، لانه مجرد سفير ومعبر عن الاصيل — أما باقي العقود، فان الحقوق فيها ترجع الى من باشر العقد بنفسه، فالوكيل بالبيع — مثلا — يطالب بتسليم المبيع، ويرد عليه بالعيب، وليس للمشتري حق الرجوع على الموكل بشيء من حقوق العقد، وما دامت كل حقوق العقد وأحكامه — غير عقد الزواج — ترجع لمن يباشر العقد بنفسه، فليس من المعقول، أن يتولى العقد شخص واحد، لانه يلزم على ذلك، أن يكون مطالبا بالثمن ومطالبا به، ومسلما للمبيع ومتسلما له، ورادا بالعيب ومردودا عليه ، وهذه كلها التزامات متنافية ومتعارضة، لا يتصور الوفاء بها جميعا، من شخص واحد ، وفي آن واحد .

---

(١) يستثنى من ذلك للضرورة، ولي الصغير أو المجنون، الذي يتولى وحده عقد البيع، بمقتضى ولايته، كما اذا باع شيئا من ماله لابنه الصغير، أو باع شيئا من مال ابنه الصغير، لابنه الآخر الصغير أو المجنون .

٤ ـ صيغة العقد : ـ

صيغة العقد : هي الالفاظ الدالة على توافق ارادتي المتعاقدين على شيء واحد، دون التقيد بلفظ مخصوص، أو بلغة مخصوصة، لان العبرة بالمقاصد دون الالفاظ، فكل لفظ يدل على تراضي الزوجين، وتلاقي ارادتيهما على قيام الزوجية بينهما ، صح أن يكون صيغة للعقد، ما دام المقصود منه واضحا ومفهوما للمتعاقدين، ولشهود العقد . وعلى هذا فتستوى جميع اللغات في التعبير عن انشاء العقد، لا فرق بين عامية، وعربية، وغير عربية، خلافا لما نقل عن الشافعي من أنه لا يصح عقد الزواج بغير العربية لمن يعرفها، لان النكاح حقيقة شرعية اسلامية، فيه معنى العبادة، وله أثره وحكمه، فكان كالصلاة ، لا تصح بغير العربية .

ولأهمية عقد الزواج، وما يترتب عليه من آثار عنى الفقهاء ببيان صيغة العقد فقالوا ، لابد فى الصيغة ـ وهي الايجاب والقبول ـ من تحقق أمرين ، أحدهما من ناحية الصورة والهيئة، والثاني من ناحية المادة التي يشتق منها اللفظ .

أما من ناحية الصورة والهيئة : فلابد أن يكون الايجاب والقبول على صورة الماضي، « كزوجت، وقبلت » . أو أن يكون الايجاب بصيغة المضارع، والقبول بصيغة الماضي، « كقول الرجل للمرأة أتزوجك، وقولها له قبلت » . أو ان يكون الايجاب بصيغة الامر، والقبول بصيغة الماضي « كقول الرجل للمرأة ، زوجيني نفسك، وقولها له تزوجتك أو قبلت » . أو ان يكون كل من الايجاب والقبول جملة اسمية « كقول الرجل للمرأة أنا زوجك، وقول المرأة وأنا زوجتك » . أو ان يكون الايجاب جملة اسمية، والقبول بلفظ الماضي، « كقول الرجل أنا زوجك ، وقول المرأة له قبلت » . أو ان يكون الايجاب بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر، والقبول جملة اسمية، « كقول الرجل تزوجتك، أو أتزوجك او زوجيني نفسك، وقولها له أنا زوجتك » .

وهنا ننبه الى أنه اذا كانت عبارة الايجاب بصيغة المضارع، أو الامر ، فانه لابد من ألا يكون هناك أي احتمال يصرف اللفظ عن معنى ارادة انشاء العقد . وانما اشترطنا ذلك لان المقصود فى العقود، هو انشاء معنى فى الحال، لم يكن موجودا قبل العقد، وهذا المعنى لم يوضع له فى اللغة لفظ خاص يدل عليه، فاستعمل فى ذلك صيغة الماضي ، لانها لما تفيده من معنى المضي ، كانت أقوى الصيغ، وأبلغها فى الدلالة على انشاء العقد فى الحال «١» . أما صيغة المضارع فلما تفيده من معنى الحال، أو الاستقبال كانت بعيدة عن معنى انشاء العقد . وكذلك صيغة الامر لانها للطلب فى المستقبل «٢» ، لذا كان لابد فى هاتين الصيغتين « صيغة المضارع ، وصيغة الامر » من قيام قرينة دالة على ارادة انشاء العقد ، وتحصيله .

وأما من ناحية المادة : فالقبول يتحقق بكل لفظ يدل على موافقة الطرف الثاني، ورضاه بما أوجبه الطرف الاول، دون التقيد بمادة معينة، أما الايجاب، فهناك ألفاظ صريحة وضعت لمعنى الزواج لغة ، وورد استعمال الشارع لها ، وذلك لفظ التزويج، والانكاح وما يشتق منهما . وهذه متفق عليها بين جميع الفقهاء ولا خلاف فى انعقاد الزواج بها .

وهناك ألفاظ مجازية ، لم توضع لمعنى الزواج حقيقة ، ولكنها تدل عليه بطريق المجاز كلفظ الهبة ، والتمليك ، وهذه لا يتحقق بها معنى الايجاب عند

---

(١) والجملة الاسمية تفيد هذا المعنى ايضا لانها تدل على الثبات والاستقرار .

(٢) اختلفت اقوال الحنفية فى توجيه انعقاد الزواج بصيغة الامر فى الايجاب، فقال بعضهم يعتبر الامر توكيلا من جانب الموجب للطرف الثاني — وقال بعضهم ان صيغة الامر ايجاب لانه لا يقصد بها سوى تحقق المعنى المقصود من الايجاب . ومعنى المساومة، أو الوعد، غير متصور فى الزواج، لانه لا يكون الا بعد تحريات ومراجعات .

الجعفرية ، والشافعية ، وبعض المالكيــة «١» والحنابلة • أما الحنفيــة فانهم يقسمون هذه الالفاظ المجازية الى أقسام أربعة ، وهي :

القسم الاول : ألفاظ اتفقوا على أنه يتحقق بها الايجاب ، وينعقـد الزواج ، وهي لفظ الهبة ، والتمليك ، والصدقة ، والجعل ، وما فى معناها ، من كل ما يفيد معنى التمليك فى الحال ، وبغير عوض • واستدلوا على هذا ، بأنه قد ورد فى القرآن ما يفيد انعقاد الزواج بلفظ الهبة ، حيث يقول اللـه تعالى ، بعد ذكر ماأحله للنبي صلى الله عليه وسلم من النساء ، «•••وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ••• الآية » وما جاز للنبي جاز لامته ، ما لم يقم دليل على الخصوصية «٢» • قالوا وقد ورد فى السنة مايفيد انعقاد الزواج بلفظ التمليك ، وهو ما جاء فى حديث الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم ، من قوله عليه السلام لمن أراد الزواج منها بعد اعراض الرسول عنها « ••• ملكتكها بما معك من القرآن » •

القسم الثاني : ألفاظ اتفقوا على أنه لا يتحقق بها الايجاب ، وبالتالي لا ينعقد بها الزواج ، وذلك كألفاظ الاباحة ، والاحلال ، والاعارة ، والايداع ، لانها لا تدل على التمليك أصلا •

القسم الثالث : ألفاظ اختلفوا فى تحقق الايجاب وانعقاد الزواج بها ، وهي ، لفظ ، البيع والشراء ، وما فى معناهما من كل ما يدل على تمليك العين فى الحال وبعوض • والصحيح هو القول بالانعقاد ، ما دام قد قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة على ذلك •

القسم الرابع : ألفاظ اختلفوا فى تحقق الايجاب وانعقاد الزواج بها ،

---

(١) يرى المالكية صحة عقد الزواج بلفظ الهبة بشرط تسمية المهر ، فان لم يسم المهر لا ينعقـــد .

(٢) موضع الخصوصية المدلول عليه بقوله تعالى بعد ذلك (خالصة لك من دون المؤمنين) هو زواجه عليه السلام بلا مهر لانكاحه بلفظ الهبة .

وهي لفظ الاجارة ، والوصيـة ، وما فـي معناهما مـن كل ما يدل عـلى التأقيت كالاجـارة ، أو ما يدل عـلى التراخي كالوصيـة ، والصحيح عدم الانعقاد بها ، لان مدلولاتها تنافي معنـى الزواج وما يقصد منه مـن ملك المتعة فى الحال ، وعلى سبيل الدوام ، والزواج يفسده التأقيت ، ويبطله الاضافة الى المستقبل •

٥ ـ طـرق العقـد : ـ

يقع عقد الزواج على طرق مختلفةوهي :

أ ــ عقد الزواج بالعبارة : ويراد بالعبارة تلفظ الموجب بالايجـاب ، والقابل بالقبول ، ولا يجوز مطلقا العدول عن العبارة ، مع القدرة عليها ، الى غيرها من الكتابة ، أوالاشارة ، ويستوي فى هذا عبارة الاصيل أو من يقوم مقامه من الولي أو الوكيل •

ب ــ عقد الزواج بالتعاطى : لا ينعقد الزواج بالتعاطى ، خلافا لغيره من العقود الاخرى كالبيع • وعلى هذا لو قالت امرأة لرجل ، زوجتك نفسي بمائة دينار ، فلم يجبها ، وانما سلمها المائة فى المجلس ، لا يقع الزواج منعقدا ، وذلك لان الزواج له خطره ، وشأنه فيجب صونه عن مواطن الاحتمال ــ وكذلك الحكم لو لم يجبها ، ولم يسلمها المائة ، وانما صافحها علامة الرضـا والسـرور •

جـ ــ عقد الزواج بالاشارة : الاخرس اما أن يحسن الكتابة ، واما لا . فان كان لا يحسن الكتابة ، فاشارته المفهمة لمعنى العقد ، كافية فى انعقـاد الزواج باتفاق بين الفقهاء •

وان كان يحسن الكتابة ، ففي انعقاد الزواج باشارته المفهمة ، روايتان.

احداهما ــ عدم الانعقاد ، لان الكتابة أظهر من الاشارة فى الدلالة على المراد •

ثانيهما ــ صحة الانعقاد ، لان المقصود حاصل بالاشارة •

والرواية الاولى أرجح وأحوط ، وهي المعتمدة فى المذهب الحنفي ، وعليها العمل اليوم .

وذهب الجعفرية الى انعقاد الزواج باشارة الاخرس ، ولو كان قادرا على الكتابة ما دامت الاشارة ، تفيد المقصود ، وتؤدي الى المطلوب .

د — عقد الزواج بالكتابة : اذا كان أحد الزوجين (١) غائبا ، صح أن يرسل كتابا الى الآخر ، يذكر فيه صيغة الايجاب . وذلك كأن يكتب رجل الى امرأة كتابا يقول فيه تزوجتك ، وحينئذ لا بد أن تحضر المرأة الشهود ، وتقرأ الكتاب عليهم ، أو تعلمهم بما فيه ، ثم تقول لهم ، أشهدكم على ذلك ، وعلى أني قبلت الزواج منه ، وبهذا يتم العقد .

ويلاحظ أن هذا الاشهاد على ما جاء فى الكتاب ، وعلى القبول ، انما هو لمجرد انعقاد الزواج وصحته ، ولكنه غير كاف عند التجاحد ، فقد ينكر الرجل أن الكتاب كتابه ، وحينئذ فلا بد من التثبت بالاشهاد على أن الكتاب كتابه .

هـ — عقد الزواج بالرسول : اذا أرسل شخص رسولا الى امرأة ، فقال لها أنا رسول فلان ، أرسلني اليك ، يقول لك زوجيني من نفسك ، فأحضرت المرأة شهودا ، وأسمعتهم كلام الرسول ، وقالت بعد ذلك بحضرتهم ، زوجته نفسي ، أو قبلت زواجه ، تم العقد ، بالايجاب الذى بلغه الرسول ، وبالقبول منها ، واعتبر الايجاب من المرسل حاصلا فى مجلس القبول «٢» .

---

(١) المراد من الزوجين هنا مريدا التزوج فالاطلاق مجازى باعتبار المآل .

(٢) ذكر الفقهاء أن بين الكتاب والرسول فرقا ، وذلك أنه اذا رفضت المرأة ، ولم تقبل الزواج فى مجلس تبليغ الرسالة ، ثم قبلت بعد ذلك فى مجلس آخر لا ينعقد الزواج ، لعدم اتصال القبول بالايجاب فى المجلس، وكلام الرسول قد تلاشى بمجرد تبليغه — اما لو رفضت حال تلاوة الكتاب على الشهود، ثم عادت وقرأته عليهم فى مجلس آخر وقبلت الزواج، انعقد الزواج، لان الايجاب يعتبر قائما مادام الكتاب موجودا .

الفصل الثانى

« فى : شروط عقد الزواج »

(١) شروط الانعقاد (٢) شروط الصحة (٣) شروط النفاذ (٤) شروط اللزوم .

شروط عقد الزواج ، أربعة أنواع ، شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم . وهذه الانواع الاربعة ، مرتبة فى وجودها الشرعي ، على هذا النحو الذي ذكرنا ، فشروط الانعقاد أولا ، وهي أساس لما بعدها من الصحة والنفاذ واللزوم ، وشروط الصحة ثانيا ، وهي أساس لما بعدها من النفاذ واللزوم ، وشروط النفاذ ثالثا وهي أساس لما بعدها من اللزوم . واللزوم هو المرحلة الاخيرة ــ وعليه فكل عقد لازم لا بد أن يكون نافذا وصحيحا ومنعقدا . وكل عقد نافذ لابد أن يكون صحيحا ومنعقدا . وكل عقد صحيح لا بد أن يكون منعقدا . واليك بيان هذه الانواع الاربعة من شروط الزواج :

(١) شروط الانعقاد

شروط الانعقاد ، هى الشروط التي يلزم توفرها فى أركان العقد ، وهي: العاقد ، والمعقود عليه ، والصيغة ، بحيث لو تخلفت كل هذه الشروط ، أو بعضها ، كان العقد لا وجود له بالمرة ، ويسمى حينئذ باطلا .

ثم أن شروط الانعقاد ، منها ما يرجع الى العاقدين ، ومنها ما يرجع الى المرأة المعقود عليها ، ومنها ما يرجع الى نفس العقد .

فالشروط التى ترجع الى العاقدين ، هي :ـ

١ ــ الاهليـة الاصلية لمباشرة العقد ــ وذلك بأن يكون العاقد عاقلا ،

مميزا ، فان كان مجنونـا ، أو صغيرا غير مميز ، لا يتحقق الانعقـاد ، ويقع الزواج باطلا •

٢ ـ أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ، ويفهم المراد منـه ولو اجمالا • وبعبارة أشمل أن يفهم كل من العاقدين غرض الآخر ، ليدخل في ذلك ، العقد بالاشارة والكتابة •

والشروط التى ترجع الى المرأة المعقود عليها : هي :ـ

١ ـ أن تكون محققة الانوثة ، فالخنثى المشكل (١)، لا يرد عليه عقد الزواج لعدم المحلية ، واذا عقد عليه وقع العقد باطلا •

٢ ـ أن تكون المرأة المعقود عليها محلا أصليا للعقد عليها بالمعنى العام، أي باجماع الفقهاء • وبعبارة أخرى ، ألا تكون محرمة تحريما قطعيا لا شبهة فيه ، وذلك كالام والاخت والعمة والخالة ، فمن عقد على واحدة من هؤلاء وقع العقد باطلا •

والشروط التى ترجع الى نفس العقد ، هي :ـ

١ ـ اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، حقيقة ، أو حكما : ليتحقـق الارتباط بينهما ، ويتكون العقد منهما • فاذا اختلف المجلس حقيقة ، بـأن كان الايجاب فى مجلس ، والقبول فى مجلس آخر ، أو حكما بأن كان الايجاب فى مجلس ، والقبول فى نفس المجلس ، ولكن تخلل بين الايجاب والقبول عمل أجنبي عن موضوع العقد ، لم يكن هناك ارتباط بين الايجـاب والقبول ، وبالتالي ، لم يكن هناك عقد أصلا ، وما وقع وقع باطلا • وينبغي أن يراعى العرف فيما يعد فاصلا ، وما لا يعد فاصلا •

٢ ـ موافقة القبول للايجاب : بأن يتلاقيا فى مقصود واحد ، فان تخالفا،

---

(١) الخنثى ، هو من فيه بعض مميزات الرجال، وبعض مميزات النساء ، فان غلبت عليه مميزات الرجال اعتبر رجلا ، وان غلبت عليه مميزات النساء ، اعتبر انثى ، وان أشكل امره فتعذر الحاقه بواحد منهما سمي مشكلا .

بأن كان الايجاب فى ناحيـــة ، والقبول فى ناحية أخرى ، لم يكن ثمت ارتباط ولغا العقد ، ووقع باطلا . فمثال موافقةالقبول للايجاب : أن يقــول رجل لامرأة تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فتقول له قبلت ــ ومثال ما خالف فيه القبول الايجاب : أن يقول رجل لامرأة ، تزوجتك على مهر قدره مائــة دينار ، فتقول المرأة ، قبلت على مهرقدره مائتان . أو أن يقول رجل لآخر زوجت ابنتى فاطمة ، من ابنك محمد ، على مهر قدره مائة ، فيقول الآخر ، قبلت زواج ابنتك عائشة ، من ابني علي على مهر قدره خمسون ، أو قبلت زواج ابنتك فاطمة ، من ابني علي ، على مهر قدره خمسون ، أو قبلت زواج ابنتك فاطمة ، من ابنى محمد ، على مهر قدره خمسون ، فالمخالفة متحققــة سواء أكانت فى كل أجزاء العقد ، أم فى بعض أجزائه .

وليس من المخالفة المانعة من الانعقاد ، أن يقول رجل لامرأة تزوجتك على مائة ، فتقول له قبلت‌على خمسين ، أو أن تقول المرأة تزوجتك على مائة، فيقول لها قبلت على مائتين ، لان المخالفة هنا صورية ، وليست حقيقية ، لانه فى الصورة الاولى ، حطت المرأة من مهرها خمسين ، وبقى الاتفاق عــلى الخمسين الثانية . وفى الصورة الثانية زاد الرجل فى المهر مائة ، وبقيت المائة الاولى متفقا عليها . غاية الامر ، أن هذه المائة التى زادها الرجل ، تلحق‌بالمهر وتلزمه لو قبلت المرأة الزيادة فى نفس المجلس ، كما ستعرف ذلك عند الكلام عن المهر .

٣ ــ عدم رجوع الموجب عن الايجاب قبل القبول : لان الرجوع عن الايجاب قبل الموافقة يبطله ، فاذا ورد القبول بعد ذلك ، ورد على غير شيء ، فيقع الايجاب لغوا ، ويكون العقد باطلا .

٤ ــ أن تكون الصيغة صيغة تنجيز : فان كان فى صيغة العقد ما يفيد تعليق الزواج على أمر ، أو اضافته الى زمن مستقبل ، لا ينعقد ويقع باطلا ، والسر فى بطلانه ان جاء على هــذه الصورة ، ان عقود التمليكات ، يقصد

منها التمليك فى الحال ، والتعليق على أمر مستقبل ، أو الاضافة الى زمن مستقبل ، يفوت هذا القصد . والزواج عقد يفيد ملك المتعة فى الحال ، فتعليقه على المستقبل ، أو اضافته للمستقبل تبطله .

وهنا يجدر بنا أن نتكلم عن أنواع العقد ، باعتبار صيغته ، من ناحية اطلاقها وتقييدها ، وعن حكم كل نوع منها ، فنقول :

((أنواع العقد باعتبار اطلاق الصيغة وتقييدها))

عقد الزواج يتنوع باعتبار اطلاق الصيغة وتقييدها الى أربعة أنواع ، وهي :

النوع الاول : عقد منجز ، وهو ما صدرت صيغة الزواج فيه مطلقة غير مضافة الى زمن مستقبل ، ولا مقيدة بشرط ، وذلك كأن يقول رجل لامرأة ، تزوجتك على مهر قدره مائة دينار ، فقالت قبلت وحكمه أنه يقع صحيحا ان توفرت فيه شروط الصحة .

النوع الثاني : عقد مضاف الى زمن مستقبل ، كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك أول الشهر المقبل ، أو بعد سنة ، فقالت قبلت ، وحكمه أنه لا ينعقد فى الحال ، ولا عند حلول الوقت المضاف اليه .

النوع الثالث : عقد معلق على شرط . وفيه التفصيل الآتي :ـ

أ ـ ان كان العقد معلقا على شرط معدوم فى الحال ، لكنه محقق الوقوع كقوله ، تزوجتك ان جاء الربيع ، فقالت قبلت . أو محتمل الوقوع ، كقوله تزوجتك ان نجحت فى الامتحان آخر هذه السنة ، فقالت قبلت . أو مستحيل الوقوع ، كقوله تزوجتك ان أحصيت نجوم السماء ، أو أن تصدقت على كل فقير فى العالم ، فقالت قبلت . فالعقد باطل غير منعقد لا فى الحال ، ولا عند تحقق الشرط الممكن .

وان كان العقد معلقا على شرط موجود فى الحال ، كقوله تزوجتك ان كنت ناجحة فى امتحان السنة الماضية ، فقالت قبلت ، وكانت ناجحة بالفعل ،

أو كان معلقا على شرط يمكن تحققه فى الحال ، كأن يقول لها ، تزوجتك ان رضى أبوك ، فقالت قبلت ، وقال أبوها فى المجلس رضيت ، انعقد الزواج ، وصح ان توفرت فيه شروط الصحة ، لان التعليق هنا صوري فقط •

النوع الرابع : العقد المقرون بشرط ، وهو ما صدرت فيه صيغة العقد مطلقة عن الاضافة للمستقبل ، أو التعليق على شرط ، لكنها قرنت بشرط ، فان كان الشرط يقتضيه العقد ، كاشتراط المرأة فى عقد الزواج انفاق الزوج عليها • أو يلائم العقد ، كاشتراطها أخذ كفيل بمهرها ، أو كان الشرط قد ورد به الشرع ، كاشتراط الزوج تطليقها متى شاء • أو جرى عليه العرف ، كاشتراط المرأة تعجيل بعض المهر ، انعقد الزواج ، وصح الشرط ، ولزم الوفاء به ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ان أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » •

وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ، كاشتراط الزوج أن تنفق المرأة على نفسها ، أو كان لا يلائم العقد ، كاشتراط المرأة أن يطلق ضرتها ، أو كان مخالفا للشرع ، كاشتراط التوارث بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية ، انعقد الزواج ، وبطل الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل • وان كان مائة شرط » ولقوله « المسلمون عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » •

وان كان الشرط لم يرد فيه أمر ولا نهى • أو بعبارة أخرى لا ينافى العقد ، ولا يقتضيه العقد ، بل هو أمر خارج عن معنى العقد وملابساته الشرعية ، كاشتراط الزوجة على الزوج ألا يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها • فمذهب الجمهور أن الشرط لايلزم الوفاء به ، والعقد صحيح لاغبار عليه ومذهب الحنابلة أن الشرط لازم يجب الوفاء به، بل وقالوا ، ان الشرط مادام صحيحا ، وفيه مصلحة للمرأة ، فلها خيار الفسخ ان لم يوف لها ما اشترطت، لانها لم ترض بالزواج الا على أساس الوفاء بالشرط •

وهنا ينبغي دفعا للالباس ، أن نفرق بين العقد المقرون بشرط ، والعقد

المعلق على شرط مستقبل • وهذا الفرق من ناحيتين :

الناحية الاولى : ناحية الصورة ، فالعقد المقترن بشرط يكون خاليا من أداة الشرط وهي ان واذا وما فى معناهما ، والعقد المعلق على شرط ، يكون مقترنا باداة الشرط •

الناحية الثانية : أن العقد المقترن بشرط يتحقق الايجاب بمجرد التلفظ به ، والشرط يصاحبه فاذا ما وقع القبول تم العقد دون أن يكون للشرط دخل فيه ، لانه ليس من أجزائه ولا من مقوماته ، وانما هو أمر خارج زائد على صيغة العقد ـ أما العقد المعلق على شرط ، فالايجاب فيه مربوط تحققه بتحقق الشرط فلا وجود له قبل وجود الشرط ، فاذا جاء القبول بعد الايجاب المعلق على الشرط المستقبل ، لم يصادف القبول محلا ، لعدم تحقق الايجاب فى مجلس العقد •

(٢) شروط الصحة

شروط الصحة : هي الشروط التى اذا تحققت كان العقد صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه ، فان تخلفت كلها أو بعضها ، كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه ، ويسمى حينئذ فاسدا [١] • وهذه الشروط هى :

أولا : المحلية الفرعية :ـ

وهى ، أن تكون المرأة محلا للعقد عليها ، بالمعنى الخاص • أي أن

---

(١) الفرق بين الباطل والفاسد : الجمهور على ان الباطل والفاسد بمعنى واحد، ولا فرق بينهما مطلقا لا فى العبادات ولا فى المعاملات ـ والاحناف يقولون ، الباطل والفاسد فى العبادات بمعنى واحد، اما فى المعاملات فالباطل غير الفاسد ، وان كان كلاهما غير صحيح . وفى الزواج اضطربت اقوالهم . فمنهم من يرى الباطل والفاسد بمعنى واحد، فيقول الكمال بن الهمام (ان العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء) . ومنهم من يقول الباطل غير الفاسد، فالباطل معدوم حقيقة للخلل الواقع فى أساس العقد لعدم توافر اركانه ، او معدوم حكما لتخلف شرط

محليتها للزواج ، ليست محل اجماع من الفقهاء ، لقيام شبهة فى دليل التحريم أدت الى اختلافهم فى الحل والحرمة « وهذه غير المحلية الاصلية ، التي جعلت شرطا فى الانعقاد » وذلك كالعقد على محرمة بدليل ظني، أو كان تحريمها مما يخفى ويشتبه ، أوكان يخالف فيه بعض الفقهاء ، وذلك كتزوج الامة على الحرة ، وتزوج أخت مطلقته قبل انقضاء عدتها • فالزواج فى مثل هاتين الصورتين ، فاسد بالنسبة لمن لا يرى الحل ، لانعدام المحلية الخاصة •

ثانيا — : الولي — يشترط لصحة عقد الزواج أن يتولاه ولي الزوجة كبيرة أو صغيرة ، عاقلة أو غير عاقلة ، فان تولته هي أو وكيلها دون الولى ، وقع العقد فاسدا •وهذا الشرط عند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، ومن وافقهم على أنه (لا نكاح الا بولي) كما يروونه عند رسول الله صلى الله عليه وسلم •

أما الحنفية،والجعفرية ، فلا يرون الولي شرطا لزواج الكبيرة العاقلة ، لانها أحق بنفسها ، أما الصغيرة وغير العاقلة ، فالولي يقوم عنهما فى تولى العقد ، لعدم أهليتها له •

ثالثا : الشهادة — الشهادة فى عقد الزواج ، شرط حتمي لصحته عند جمهور العلماء ،بخلاف سائر العقود ، فان الاشهاد عليها فى رأي جمهور العلماء أيضا مندوب غير لازم •

وانما امتاز عقد الزواج بضرورة الاشهاد عليه حتى يقع صحيحا — (١) لما له من خطر الشأن فى نظر الشارع (٢) ولما يترتب عليه من حقوق وآثار، كوجوب النفقة ، وثبوت النسب (٣) ولما فى الشهادة من منع الشبهات ، ودفع

او اكثر من الشروط المعتبرة فى أساسه ، وعليه فلا يترتب على الباطل حكم مطلقا — وأما الفاسد فالعقد له وجود لعدم الخلل فى اساسه وانما الخلل فى وصف زائد عن اركان العقد وما شرط فيها . ولولا الخلل فى الوصف لكان العقد صالحا لترتب آثاره عليه . وما قد يثبت من آثار كوجوب المهر فذلك نتيجة الدخول .

الظنون (٤) ولان الشهادة — بعد ذلك — فرق ما بين الحلال والحرام ، ولولاها ، لتستر أصحاب المقاصد الخبيثة بادعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعاشرة غير البريئة . ولذا ندب اعلان عقد الزواج ، واشهاره بين الناس ، بالضرب عليه بالدفوف ، وجعله فى المساجد .

مذاهب الفقهاء فى وجوب الشهادة على عقد الزواج :—

ذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، الى أن الشهادة لا بد منها لصحة عقد الزواج ، لما تقدم ، ولقوله عليه السلام (لا نكاح الا بشهود) .

وذهب الامام مالك — فى المشهور عنه — الى أن الشهادة ليست شرطا فى صحة انشاء العقد ، لان القرآن لم يشترط الشهادة فى انعقاد الزواج ، ونصوص السنة الصحيحة ليست صريحة فى وجوب الشهادة بخصوصها — ويكفي لصحة انشاء العقد مطلق الاعلان لقوله عليه الصلاة والسلام (أعلنوا النكاح ولو بالدفوف) . قال المالكية ، (لما كان حرام هذا الفعل وهو اتصال الرجل بالمرأة ، لا يكون الا سرا ، فالحلال لا يكون الا بضده ، ويكفي فى ذلك مجرد الاعلان) ، أما الشهادة فهي مندوبة فقط عند العقد ، وواجبة قبل الدخول ، فان وجدت الشهادة حال انشاء العقد ، فقد حصل الواجب والمندوب ، وان وجدت بعد تمام العقد وقبل الدخول ، حصل الواجب وفات المندوب .

وذهب الجعفرية والظاهرية ، الى أنه لا تشترط الشهادة لصحة عقد الزواج مطلقا ، لان القرآن لم ينبه عليها عند الكلام عن النكاح مطلقا ، مع أنه نبه عليها فيما هو أقل خطرا من الزواج ، وهو عقد البيع ، وعقد المداينة . قالوا والاحاديث الواردة فى الشهادة محمولة على الندب ، أو على الاشهاد لاثباته عند القاضي ، لو وقع التجاحد .

ما يشترط فى الشهود :—

يشترط فى الشهود على عقد الزواج — عند من يرى الشهادة واجبة — ما يأتي :

(١) الحرية ، خلافا لابن حنبل (٢) البلوغ (٣) العقل (٤) أن يكونـا رجلين ، أو رجلا وامرأتين ، وقال الشافعية والحنابلة لابد مـن رجلين ـ ولا يصح شهادة النساء وحدهن باتفاق مهما بلغ عددهن (٥) الاسلام ان كان كل من الزوجين مسلما ، أما ان كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، فقـال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، يجوز أن يكون الشاهدان كتابيين ، لان الناحية الغالبة فى الشهادة ، أنها شهادة على الزوجة ، فيراعى حالها . وقال محمـد وزفر والشافعي وأحمد ، لا يجوز شهادة غير المسلمين ، لان الشهادة على الزوج والزوجة معا ، والزوج مسلم ، والشهادة ولاية ، ولا ولاية لغير مسلم على مسلم ـ (٦) سماع الشهود كلام المتعاقـدين فى وقت واحـد ، وفهمهما المراد منـه .

هذا . وليس الغرض من الاشهاد على الزواج هو اثباته بهذه الشهادة لدى القاضى عند التجاحد ، بل الغرض ، اعلان الزواج ، وتكريمه ، ولهـذا لا يشترط فى الشهود العدالة عند الحنفية لان الاعلان يتحقق بحضور الفسقة، ولان الفاسق أهل لان يزوج نفسه ومن فى ولايته، فأولى أن يشهد على الزواج، وقد اشترط الشافعية والحنابلة العدالة الظاهرة ، أي كون الشهود مستوري الحال ، لما ثبت عندهم من قوله عليه الصلاة والسلام (لا نكاح الا بولي مرشد ،وشاهدي عدل) ، ولان الشهادة فى الزواج تقصد اظهار كرامة العقد، والفاسق ليس من أهل الكرامة .

كما لا يشترط أن يكون الشهود بمعزل عن التهمة ، تهمة المحـاباة ، أو تهمة العداوة ، فيجوز أن يشد عـلى العقد ابنا الزوجة ، أو ابنا الزوج ، أو ابناهما معا ـ كما يجوز أن يشهد على العقد عدوا الزوجين ، أو عدوا أحـدهما .

ومما ينبغي أن يلتفت اليه أنه فى بعض الحالات قد يظن أن عقد الزواج يصح بحضور شاهد واحد ، وهذا غير صحيح ،لانه بامعان النظر يتضح

حضور شاهدين لا شاهد واحد ، كما يتوهم . مثال ذلك ، أن يعقد الاب لابنته البالغة العاقلة على رجل بحضورها وحضور شاهد واحد ، فهنا يعتبر الاب هو الشاهد الثانى ، لانه ما دام قد وجد الاصيل ، وهو البنت حال العقد ، فتعتبر هي العاقدة ، والاب سفير ومعبر فقط — والقاعدة العامة فى مثل هذه المسألة ، أنه متى كان الاصيل فى العقد حاضرا ، ويمكن أن يباشر العقد بنفسه ، اعتبر هو العاقد حكما ، ويعتبر الولي أوالوكيل شاهداء ولذا لو كانت البنت فى المثال السابق صغيرة لا يصح العقد لوجود شاهد واحد فقط .

رابعا — أن يكون عقد الزواج على جهة التأبيد ، لا على جهة التأقيت ، فاذا وقت الزواج بمدة طويلة أو قصيرة ، معينة او غير معينة، كان العقد فاسدا، لانه بالتأقيت يفوت المقصود الأصلي من الزواج ، وهو الاستقرار ودوام العشرة، من أجل التناسل، وتربية الاولاد . وعلى هذا فلا يصح الزواج المؤقت، ولا نكاح المتعة . واليك بيان كل منهما ، وحكمه، والفرق بينهما .

النكاح المؤقت : —

هو ما يكون انشاؤه بلفظ من الالفاظ التي تستعمل فى عقد الزواج كلفظ التزويج أو الانكاح، مع وجود الشهود، واقتران الصيغة بما يدل على التأقيت، كأن يقول رجل لامرأة بمحضر من الشهود تزوجتك لمدة شهر ، أو سنة، أو مدة اقامتي فى هذا البلد، وتقول المرأة قبلت، وحكم هذا العقد أنه فاسد لما تقدم . خلافا لزفر فانه يقول بصحة العقد، وبطلان التأقيت، لأنه يعتبره عقدا مشروطا بشرط فاسد، والنكاح — كما سبق — لا يبطل بالشروط الفاسدة .

نكاح المتعة : —

هو ما كان انشاء العقد فيه بمادة التمتع وما يتفرع منها، لاجل محدد ،

وبدون شهود فالفرق بينه وبين النكاح المؤقت من ثلاث نواح «١» .

١ ــ النكاح المؤقت صيغته من مادة الزواج أو الانكاح أو مافى معناهما .
ونكاح المتعة صيغته من مادة التمتع وحدها ، أو من مادة الزواج أو النكاح المقيد بالتمتع كقوله أتزوجك متعة .

٢ ــ النكاح المؤقت مشروط فيه الاشهاد . ونكاح المتعة لا يشترط فيه الاشهاد «٢» .

٣ ــ النكاح المؤقت لا يشترط فيه تعيين المدة . ونكاح المتعة لابد فيه من تعيين المدة على الصحيح «٣» .

مذاهب الفقهاء فى نكاح المتعة : ــ

يرى الجعفرية أن نكاح المتعة ، صحيح جائز، بل يجعلونه من القرب التي يبتغي بها وجه الله، ويذكرون فى ذلك روايات كثيرة ــ يروي أبو جعفر القمي ــ وهو من أئمة الجعفرية ــ فى كتابه ــ (من لا يحضره الفقيه) ج٣

---

(١) يرى بعض الفقهاء كالكمال بن الهمام ان الفرق بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة صوري، والحقيقة انهما فى معنى واحد وينتهيان الى حكم واحد، وهو عدم الحل .

(٢) عرفنا ان الجعفرية لا يشترطون الشهادة فى النكاح على أية صورة ، فالفرق هنا بالنسبة لمذهب زفر .

(٣) فى شرح الاحكام الشرعية للمرحوم محمد زيد الابياني ج١ ص٢٩ وفى الاحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسى ص ١١٥ــ١١٦ تصريح بان النكاح المؤقت لابد فيه من تعيين المدة ، وفى نكاح المتعة لايشترط تعيينها، وقد تابعا فى ذلك ابن عابدين حيث يقول فى ص٣ ج٢ (والذي يظهر .. عدم اشتراط الشهود فى المتعة وتعيين المدة، وفى المؤقت الشهود وتعينها) . والذي نراه هو ما ذكرنا من عدم التعيين فى المؤقت لان المراد منه ماليس مؤبدا وهذا صادق بالمدة المعينة وغير المعينة . أما نكاح المتعة فانه لاجل مقابل بأجر فلابد من تعيين المدة وما يقابلها من الاجر لان الاجر يدور مع المدة قلة وكثرة . وفى كتاب (من لا يحضره

ص ٤٣١ ، عن صالح بن عقبة، عن أبيه، عن أبى جعفر قال (قلت له ــ لأبي جعفر ــ للمتمتع ثواب ؟ قال : ان كان يريد بذلك وجه الله تعالى، وخلافا على من أنكرها، لم يكلمها كلمةالا كتب الله له بها حسنة، ولم يمديده اليها الا كتب الله له ألف حسنة، فاذا دنا منها ، غفر الله عز وجل له بذلك ذنبا ، فان اغتسل ، غفر الله له بقدر ما مر مــن الماء على شعره ، قلت بعدد الشعر ؟ قال نعــم ، بعــدد الشــعر) .

وفى نفس المرجع السابق قال : وقال ابو جعفر (ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أسرى به الى السماء قال : لحقني جبريل عليه السلام، فقال ، يامحمد، ان الله تبارك وتعالى يقول ، اني غفرت للمتمتعين من أمتك من النساء) .

وفى ص ٤٣٢ مــن المرجع السابق يقول : وروى، (ان المؤمن لا يكمل ايمانه حتى يتمتع) ــ وغير هــذا كثير مــن الروايات التي يروونها فى فضل نكـــاح المتعــة .

أدلة الجعفرية على جواز نكاح المتعــة : ــ

استدل الجعفرية على ما ذهبوا اليه ، بأدلة كثيرة : منها قوله تعالى فى سورة النساء « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » . قالوا وهذا مما قد طاب

الفقيه) جـ٣ ص ٤٣٠ مايشهد لذلك حيث يقول (اذا تزوج امراة متعة شهر بشيء مسمى ولم تف له بالمدة حبس عنها من صداقتها ما يقابل ذلك) وفى المرجع نفسه ص٤٣١ يقول (يقول اذا انقضى الاجل كانت فرقة بغير طلاق . فان شاءان يزيد فلابد أن يصدقها شيئا قل أو كثر) ، وهذا معناه دوران الاجرة مع المدة، فلابد مــن تعيينهما . واصرح مما تقدم ما ذكره الطوسي فى (مسائل الخلاف) جـ٢ ص ٧٢ حيث يقول (اذا لم تذكر المدة كان النكــاح دائما، وان ذكر مدة مجهولة لم يصح على الصحيح من المذهب) . وذكر فى كتابه الاستبصار جـ٣ ص ١٥١ عن ابي عبد الله انه قال لمن سأله عن تحديد المدة فى المتعة (انك ان لم تشترط ــ يريد اياما معلومة ــ كان تزويج مقــام) . ونقل فى نفس المرجع والموضع عــن الرضا انه قال لمن سأله عن متعة سنه واقل واكثر (اذا كان بشيء معلوم الى أجل معلوم) ــ هذا كلام عالمين كبيرين مــن شيوخ الشيعة الجعفرية . (ورب البيت أدرى بما فــي البيت) .

له منهن — وبقوله فى السورة نفسها « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . قالوا وهذا مما قد ابتغاه بماله . وبقوله فى السورة نفسها « فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة » . قالوا ، ولفظ الاستمتاع اذا أطلق لا يفيد الا نكاح المتعة ، وفى قراءة ابن عباس وابن مسعود « فما استمتعتم به منهن الى أجل مسمى ... » وهذا نص ، ولفظ الاجور يؤيد ارادة المتعة ، لان الاجر غير المهر الواجب في الزواج المؤبد .

قالوا ، ولا خلاف انها كانت مباحة ، فمن ادعى نسخها فعليه الدلالة . قالوا ، وقد مات النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتعاطون نكاح المتعة ، وبقى ذلك الى عهد عمر، وممن كان يرى جوازها، ابن عباس رضى الله عنه وكثير من الصحابة .

قالوا، وما ورد من الاخبار فى تحريمها، فكلها اخبار آحاد، وفيها مع ذلك الاضطراب «[1]» .

آثار نكاح المتعة عند الجعفرية :

(١) تثبت به حرمة المصاهرة

(٢) لا تثبت به نفقة .

(٣) لا يثبت به توارث بين الزوجين ولو مات احدهما فى مدة المتعة الا اذا اشترط «[2]» .

(٤) تجب العدة بعد الافتراق . وعدتها عدة الامة ، شهر ونصف ، ان كانت عدتها بالاشهر ، وحيضتان ان كانت ذات حيض ، وان مات عنها فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام «[3]» .

(٥) لا يثبت به نسب الا ان اشترط هذا الرجل والمرأة ، وان لم يتفقا على الحاق الولد بأبيه فليس له حق طلبه «[4]» .

---

(١) أنظر مسائل الخلاف لابي جعفر الطوسى ج ٢ ص ٧٢ .
(٢) الاستبصار للطوسى ج ٣ ص ١٤٩ .
(٣) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٣١ .
(٤) المرجع السابق ج٣ ص ٤٣٠ .

(٦) ليس فى نكاح المتعة عدد محدود بل له أن يتمتع باى عدد من النساء ، سئل ابو عبد الله عن المتعة أهي من الاربع، قال لا، ولا من السبعين، — وقال .. هي كبعض امائك «[١]» ،وعنه : تزوج منهن الفا فانهن مستأجرات «[٢]» .

رأي الجمهور فى نكاح المتعة : —

ذهب جمهور العلماء — عدا الجعفرية — الى أن نكاح المتعة باطل، وما كان منه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، كان للضرورة القاهرة فى بعض الغزوات، حيث اشتدت بهم العزوبة فى الغربة لبعدهم عن نسائهم ، ثم نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخها . فقد ثبت عنه انه أحلها ثم نسخها عام خيبر، ثم أحلها عام أوطاس عند فتح مكة . ثم نسخها بعد الفتح، روى احمد ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس بعد فتح مكة فقال « يا ايها الناس، اني كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء، وان الله قد حرم ذلك الى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » . ثم أكد النبي هذا النهي فى حجة الوداع، كما روى ذلك أحمد وابو داود رضى الله عنهما .

وقد أجاب الجمهور عن الآيات الثلاث التي استند اليها الجعفرية بانها كلها فى الزواج المؤبد، كما يشهد بذلك السياق والسباق، فسياقها وما سبقها من آيات بل وما لحقها كله فى شأن الزواج الشرعي المعروف .

واما لفظ الاستمتاع فلا يدل على المتعة ، بل المراد منه التمتع الحاصل بالدخول بالزوجة الدائمة . والتعبير بالاجور ليس دليلا ولا شاهدا عليها ، لان القرآن عبر بالاجور عن المهور فى هذا الموضع، وفى مواضع اخرى من القرآن حيث يقول فى شأن التزوج من الاماء « فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن بالمعروف » وقال فى شأن الزواج من الكتابيات « ... والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن اجورهن » وقال مخاطبا نبيه

---

(١) من لا يحضره الفقيه جـ٣ ص ٤٣٠ .
(٢) الاستبصار جـ ٣ ص ١٤٧ .

« يا ايها النبي انا أحللنا أزواجك اللاتي آتيت اجورهن » .

وأما ما نسب الى ابن عباس وابن مسعود من زيادة « الى اجل مسمى »، فهذه الزيادة رواية آحاد لا تثبت بها قرآنية، لان القرآن لا يثبت الا بالتواتر .

وأما ان بعض الصحابة كان يرى جوازها بعد وفاة الرسول، فهذا محمول على من لم يبلغه النسخ، فلما بلغه النسخ رجع الى رأي الجمهور . فان ابن عباس وهو أشهر من عرف من الصحابة باباحة المتعة، كان يرى أنها لا تباح الا في حالة الضرورة الملجئة التي يخشى معها الوقوع فى الزنى ، ثم رجع عن رأيه الى ما أجمع عليه الائمة من الصحابة، فقد روى الترمذي عنه انه قال : « انما كانت المتعة فى اول الاسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم، فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت الآية « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام .

وقد ثبت عن علي رضى الله عنه، أنه قال « لا أعلم احدا تمتع وهو محصن الا رجمته بالحجارة » . وأنه قال لابن عباس قبل رجوعه عنها « انك تائه، ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء » .

وأما قول الجعفرية، انها أخبار آحاد، لا تقوى على نسخ ما ثبت بالقرآن، فغير مسلم حتى يثبت — أولا — أن المتعة هي المقصودة من آية النساء، ولم يثبت ذلك . على أن الاجماع قام على حرمة المتعة بعد رجوع من رجع من الصحابة عن رأيه الى القول بتحريمها، والاجماع حجة كافية .

وأما دعوى الاضطراب فى الروايات المصرحة بالنسخ، فليست مسلمة ، لان هذا ليس اضطرابا، وانما هو روايات متعددة ذكرت حالات النسخ المتعددة، ولو كان النسخ وقع مرة واحدة واختلفت الروايات فى عدد مرات النسخ وتحديد وقته لصحت دعوى الاضطراب .

لهذا، نرى الحق فى جانب الجمهور، ونرى أن الواجب سد باب المتعة

بالمرة لان بعض المستبيحين لها قد توسعوا فيها، وتهاونوا فى التحري عن حقيقة المتمتع بها، ومبلغ صلاحيتها لهـذا اللون من النكاح، كما تهاونوا فى الآثار المترتبة عليها من انقضاء العدة ، وثبوت النسب ان كان هناك ولد يراد الحاقه بأبيه • ويظهر أن التهاون، وعدم التحري فى نكاح المتعة، ليس بالشيء الجديد، بل هو قديم من زمن أئمة الجعفرية عليهم رضوان الله، يشهد لذلك ما روى عن ابي جعفر من انه سئل عن المتعة، فقال « ان المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم انهن كن يؤمن يومئذ، فاليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن «(١)» •

(٣) شروط النفاذ

شـروط نفاذ الزواج : هي الشروط التي اذا تحققت، ترتب عليهـا أثر العقد بالفعل كحل الدخول بالزوجة، ووجوب المهر • ويسمى العقـد حينئذ نافذا، أما ان تخلفت هذه الشروط كلا أو بعضا، فالعقد موقوف لا تترتب عليه آثاره، وهذه الشروط هـي :

أولا : أن يكون كل من الزوجين كامل الاهلية اذا باشر العقد بنفسه أو وكل به غيره • وتمام الاهلية بالحرية والبلوغ، والعقل التام • فان تولى العقد أو وكل به، الحر، البالغ، التـام العقل، وقع نافذا، وان تولاه، أو وكل بـه، العبد، أو الصغير المميز، أو المعتوه وقع موقوفا على اجازة الولي •

ثانيا : أن يكون كل من العاقدين ذا صفـة شرعية فى تولي العقد، كأن يكون أصيلا، أو وليا، أو وكيلا • فان تولاه واحد مـن هؤلاء ، وقع نافذا، وان تولاه أجنبي فضولي ليس له من الصفة الشرعية ما تخول له تولى العقد ، كان موقوفا على اجازة صاحب الشأن •

(٤) شروط اللزوم

شروط اللزوم : هي الشروط التي اذا تحققت كلها ثبت الزواج دون أن

---

(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٤٢٩ .

يكون لاحد الحق فى فسخه . فان تخلفت هـذه الشروط كلا او بعضا كان العقد غير لازم . وكان لصاحب الشأن حق طلب الفسخ . وهذه الشروط هي :

أولا ـ أن يكون الزوج كفئا للزوجة ان زوجت نفسها وهي كاملة الاهلية فان تحققت الكفاءة، لزم الزواج، وان لم تتحقق الكفاءة، فللاولياء العصبة حق الاعتراض، ورفع الامر الى القاضي لفسخ العقد «[1]» ـ وسر هـذا أن الاولياء يلحقهم عار بزواجها مـن غير كفء . والكفاءة ـ كما سيأتي ـ حق الزوجة والاولياء فان أسقطت حقها بقى حقهـم .

وقال الجعفرية : رضا المرأة بغير كفء، كاف فى لزوم العقد، ولا يتوقف على رضا الاولياء ، لان الكفاءة عندهم حق الزوجة وحدها .

ثانيا ـ أن يكون المهر مهر المثل ان زوجت البالغة العاقلة نفسها، فان كان أقل من مهر مثلها، «[2]» لا يلزم العقد الاولياء من العصبة، فلهم حق الاعتراض ، فان زاد الزوج المهر الى مهر المثل لزم العقد، والا طلبوا من القاضي الفسخ ، وذلك لان فى الزواج بأقل من مهر المثل، معرة تلحق الأولياء ، واسقاط المرأة حقها لا يلزم الاولياء ، لان لهم حقا فى ذلك ايضا «[3]» .

وقال الجعفرية : رضا المرأة بأقل مـن مهر مثلها ، كاف فى لزوم العقد ،

---

(١) روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان المراة ان زوجت نفسها من غير كفء لم يصح العقد من أول الامر . وهذا هو الراجح عند الحنفية لانه كم من واقع، لا يرتفع وليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض يعدل ولو احسن الولي الخصومة ، وعدل القاضي فقد يترك انفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له . انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩١ .

(٢) النقصان القليل لا يلتفت اليه ، وانما الكلام بالنسبة للنقصان الفاحش.

(٣) حق طلب الفسخ للاولياء عند عدم الكفاء أو فى حالة نقصان المهر ثابت مالم يكن منهم سكوت الى أن تلد الزوجة أو يظهر عليها الحمـل ، محافظـة على الولد .

ولا يتوقف على رضا الاولياء، لان المهر حق الزوجة وحدهـا .

ثالثا : أن يكـون الولي هو الاب أو الجد المعروفان بحسن التصرف ، بالنسبة لزواج الصغير أو الصغيرة، او من به جنون أو عتة ، فاذا عقد الاب أو الجد لواحد من هؤلاء كان العقد لازما، ولو كان الزواج من غير كفء أو بأقل مـن مهر المثل، ولو بلغ الصغير أو عقل المجنون، فلا حق لهما فى الفسخ، لان الشأن فى الاب والجد المعروفين بحسن التصرف أن ينظرا فى مصلحة الصغير أوالمجنون، وتساهلهما فىالكفاءة أو المهر لايكون — فىالغالب — الا من أجل مصلحة فوق الكفاءةوالمهر «١» وقدألحق ابو يوسف، غيرالابوالجدمنالاولياء العصبة ، بالاب والجد، بالنسبة لتزويج الصغير أو الصغيرة .

وذهب الجعفرية الى أن الاب أو الجد لو زوجا الصغيرة أو المجنونـة من غير كفء، أو بأقل من مهر المثل، فلها بعد البلوغ أو الافاقة حق الفسخ ، ولو عرف الاب والجد بحسن التصرف .

اما اذا تولى العقد الاب أو الجد المعروفان بسوء التصرف أو ولي غـير الاب والجد فالعقد غير لازم، باتفـاق، فللصغير بعد البلوغ، والمجنون بعد الافاقة، حق فسخ العقد، ان رأيا فى ذلك مصلحة تعود عليهما .

رابعا : ان كان المزوج للامة هو السيد، فشرط لزوم العقد بقاؤها مملوكة، فان عتقت ثبت لهـا حق الفسخ دون الرجوع الى القاضي، والاصل فى ذلك حديث بريرة، وفيـه أن الرسول خيرها بعد عتقها، بين الابقاء على الزوجية ، وفسخها ، فاختارت الفسـخ .

هذا بالنسبة للامة، فان كان المملوك عبدا زوجه سيده ثم عتق ، فليس له حق الفسخ، لانه يملك التخلص من الزوجية بالطلاق، أما الامة، فلا تملك الطلاق، فكان لها حق الفسـخ .

---

(١) وكذلك الحكم لو زوج الابن امه غير العاقلة بأقل من مهر مثلها او من غير كـفء .

خامسا : أن يكون عقد الزواج خاليا من التغرير، فمن ادعى نسبا معينا فتم الزواج على أساسه، ثم اتضح أن نسبه دون ما ادعى فللمرأة ولاوليائها حق الفسخ بطلب من القاضي ولو كان نسبه الحقيقي لا يفوت الكفاءة على الصحيح — ويمكن أن يدخل فى التغرير، كل ما يترتب عليه ضرر مادى، أو ادبي، يلحق المرأة — أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد، لان الرجل يملك الطلاق فلا حاجة به الى طلب الفسخ •

الفصل الثالث

« فى : أقسام الزواج وحكم كل قسم »

تقصد بأقسام الزواج، أقسامه من حيث استيفاؤه شرائطه الشرعية ، أو عدم استيفائها • ونقصد بالحكم الاثر المترتب عليه شرعا ، كحل الدخول بالزوجة، ووجوب المهر، وغير ذلك من آثار عقد الزواج •

وبالرجوع الى ما تقدم من الكلام على شروط الزواج المختلفة، يمكن أن نحصر أقسام الزواج فيما يلي :

(١) الزواج الباطل (٢) الزواج الفاسد (٣) الزواج الموقوف (٤) الزواج النافذ غير اللازم (٥) الزواج اللازم — واليك تعريف كل قسم وبيان حكمه :

(١) الزواج الباطل

تعريفه :—

الزواج الباطل : هو الذي حصل الخلل فى أركانه، وذلك بفقد شرط أو اكثر من شروط الانعقاد، كزواج فاقد الاهلية اذا باشر العقد بنفسه، وزواج الكافر من المسلمة والاخ من اخته •••

حكمه :—

الزواج الباطل لا يترتب عليه أثر ما، فوجوده كعدمه، وعليه فلا يحل به

دخول، ولا يجب به مهر، ولا تتقرر به نفقة، ولا يرد عليه طلاق، ولا يتخلف عنه عدة، ولا يثبت به نسب، ولا أي شيء من حقوق الزوجية وواجباتها وآثارها . واذا حدث دخول بالمرأة فى هذا الزواج الباطل، وجب عليهما أن يتفرقا فى الحال، فان لم يتفرقا، يجب على كل من يعلم بالدخول أن يرفع الامر الى القاضي، وعلى القاضي أن يفرق بينهما جبرا ،لان الدخول معصية يجب رفعها .

بقى أن نقول : هل الدخول هنا يعتبر زنى ويجب فيه الحد اولا ؟ — قال الجعفرية هو زنى، وعليه القتل ان كان المدخول بها محرما، وان كانت غير محرم حد «[1]» .

وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وابن حنبل، اذا كان مرتكب معصيةالدخول عاقلا، عالما بالتحريم كانالدخول زنى، ووجب اقامةالحد عليه .

وقال أبو حنيفة، لايحد، لان العقد وان كان باطلا الا أن له صورة العقود، فأورث شبهة، والحدود تدرء بالشبهات . وقال أيضا بوجوب مهر المثل للمرأة، لان كل وطء فى الاسلام لا يخلو عن عقر أو عُقر — أي لا يخلو عن حد أو مهر — فاذا فات الحد للشبهة وجب المهر .

ثم انه يثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة عند من يثبت حرمة المصاهرة بالزنى ودواعيه كالحنفية . وسيأتي تفصيل ذلك فى فصل المحرمات من النساء .

(٢) الزواج الفاسد

تعريفه :—

الزواج الفاسد : هو الذي تمت أركانه بشرائطها ، ولكن تخلف فيه شرط أو اكثر من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود عند من يشترط الشهادة .

حكمه :—

أنه لا يحل به الدخول، وان دخل بها تفرقا، أو فرقهما القاضي جبرا ، ولا

---

(١) مسائل الخلاف ج ٢ ص ١٧٥ .

يترتب على العقد الفاسد وحده أي أثر من آثار الزوجية، ولا تثبت به حرمة المصاهرة، ولكن ان دخل بها دخولا حقيقيا، ترتب على هـذا الدخول الآثار الآتيـــة :

١ ــ لا يقام حد الزنى اتفاقا لوجود الشبهة •

٢ ــ وجوب مهر المثل عند عدم التسمية، أو الاقل من المسمى ومن مهر المثل عند التسمية • وقال زفر : يجب مهر المثل على أي حال، ولا عبرة بالمسمى لفساد التسمية تبعا لفســاد العقد •

٣ ــ تثبت به حرمة المصاهرة •

٤ ــ تجب به العدة وابتداؤها من وقت الافتراق ــ ويلاحظ أن تكون العدة عدة طلاق ولو فى حالة الوفاة، لان عدة الوفاة تكون فى الزواج الصحيح دون غـــيره •

٥ ــ ثبوت النسب، محافظة على الولد وعدم ضياعه •

٦ ــ عدم التوارث بين الزوجين عند موت أحدهما، ولو قبل التفرق •

(٢) الزواج الموقوف

تعريفـه :ــ

الزواج الموقوف : هو ما استوفى أركانه، وتوفرت فيه شروط الانعقاد، وشروط الصحة، ولكن تخلف شرط أو اكثر من شروط النفاذ، كتزويج الصغير المميز نفسه بدون اذن وليه •

حكمـــه :ــ

الزواج الموقوف ــ مع كونه صحيحا ــ لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزوجية الا اذا أجازه من بيده الاجازة كالولي فى المثال السابق، فانه حينئذ يستتبع كل آثاره، أما اذا لم يجزه وحصل الدخول بالفعل ترتب على هـذا

الدخول كل الآثار التي تترتب علـى الدخول فى الزواج الفاسد «[١]» • واذا حصلت وفاة فى مدة وقف العقد لا يثبت به توارث •

(٤) الزواج النافذ غير اللازم

تعريفــــه :ـ

الزواج النافذ غـير اللازم : هو كل زواج استوفى شروط الانعقاد ، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، مع قيام حق الاعتراض لغير العاقد على العقد، وعدم التزامه به • وذلك كتزويج البالغة العاقلة نفسها بأقل مــن مهر مثلها • فللولي حق الاعتراض، فأما ان يزيدها الزوج الى مهر المثل أو يفسخ العقد •

حكمــــه :ـ

حكم هذا الزواج أنه تثبت به كل آثار الزوجية مــن اباحة الدخول ، ووجوب المهر وثبوت النسب، والميراث، وحرمــة المصاهرة، وكل حق لاحد الزوجين قبــل الآخر «[٢]» •

(٥) الزواج اللازم

تعريفــــه :ـ

الزواج اللازم : هو ما استوفى شروط الزواج على اختلافها، وهو أعلا أقسام الزواج الخمسة •

حكمــــه :ـ

حكم الزواج اللازم :هو حكم الزواج النافذ غير اللازم، ولا فرق بينهما

---

(١) ينبغي أن يعلم ان الدخول بغير اذن الولي لا يبطل حقه فى اجازة العقد وعدم اجازته . فان أجازه يعد الدخول معتبرا فى عقد صحيح نافذ ، لان الاجازة اللاحقة تنسحب على العقد من وقت انشائه فينقلب الموقوف نافذا من المبدا . وان لم يجزه الولي كان ذلك ابطالا للعقد من المبدا .

(٢) اذا وقع الفسخ قبل الدخول او الخلوة الصحيحة لا يجب شيء مــن المهر سواء أكان الفسخ من قبل الزوج ام من قبل الزوجة .

الا من ناحية واحدة هي : أن اللازم ليس لاحد أن يعترض عليه ويطلب فسخه. أما غير اللازم فحق الاعتراض والمطالبة بالفسخ ثابت لمن أعطاه الشارع هذا الحق .

الفصل الرابع

« فى : المحرمات من النساء »

بينا فيما تقدم، أن المرأة التي يراد الزواج بها، لابد أن تكون محلا لورود العقد عليها، وفى هذا الفصل نبين المحرمات من النساء، حتى نقف على من لا يصح العقد عليها منهن، وبالتالي نقف على من يصح العقد عليهن ، وهن كل من سوى المحرمات، فنقول :

المحرمات من النساء قسمان : ـ

(الاول) محرمات على التأبيد ، على معنى أنه لا يحل الزواج أبدا بواحدة منهن لمن حرمت عليه، لان سبب التحريم دائم لا يزول .

(الثاني) محرمات على التأقيت، على معنى أنه لا يحل الزواج بواحدة منهن لمن حرمت عليه، ما دام سبب الحرمة قائما، فان زال سبب الحرمة ــ وهو قابل للزوال لكونه وصفا طارئا ــ أصبح العقد عليها جائزا لمن كانت محرمة عليه من قبل . واليك تفصيل كل قسم :

« القسم الاول ــ المحرمات على التابيد »

أسباب الحرمة المؤبدة ثلاثة : القرابة، والمصاهرة، والرضاع . وقد تنوعت المحرمات على التأبيد تبعا لتنوع أسباب الحرمة الى ثلاثة أنواع : محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة، ومحرمات بسبب الرضاع . ولنتكلم عن كل نوع من أنواع هذه المحرمات :

النوع الاول — المحرمات بسبب القرابة :—

والمراد القرابة القريبة، التي يعبر عن صاحبها بذي الرحم المحرم، وهن أصناف أربعة :

أ — اصول الرجل من النساء : وهن الام ، والجدة لاب ، أو لام وان علت .

ب — فروعه : وهن بناته، وبنات أولاده الذكور والاناث وان نزلن .

جـ — فروع أبويه : وهن أخواته، شقيقات كن، أو لاب، أو لام، وكذا بنات الاخوة والاخوات وان نزلن .

د — فروع أجداده وجداته اذا انفصلن بدرجة واحدة : وهن العمات ، والخالات، وكذا عمات اصوله، وخالاتهم . أما اذا كان الانفصال بأكثر من درجة فلا حرمة، وعلى هذا تحل بنات الاعمام والعمات، وكذا بنات الاخوال والخالات وان نزلن .

والمرجع فى تحريم هؤلاء ، قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » «[1]» .

وحكمه تحريم هؤلاء ، ما يأتي :

(١) الانسان محتاج الى انشاء علاقات مع بني نوعه، والعلاقة بين الاقرباء موجودة، فأولى أن يبحث عن علاقة جديدة تربط بين اسرتين ، فيحصل التعاون والتآزر والتناصر .

(٢) لا تقبل الفطر السليمة، ولا تستسيغ بحال من الاحوال، أن يفترش الابن امه، أو الاب ابنته، أو الاخ اخته، أو ابن الاخ عمته، او بن الاخت خالته، وهذا ملاحظ فى بعض الحيوانات العالية التي تطلب أليفها من غير بيتها ، لذا

---

(١) جهة الدلالة فى الآية على حرمة من ذكرن يحتاج لشيء من التوضيح بالنسبة للبعض ، ومن أراد الوقوف على ذلك فليراجع كتب التفسير فى شرح هذه الآية ، وما ذكره الكاساني فى البدائع جـ٢ ص ٢٥٦ وما بعدها .

كانت شريعة الله متمشية مع الفطرة، متلائمة مع الطبيعة، حين حرمت هؤلاء جميعا ، فى الديانة الاسلامية ، واليهودية ، والمسيحية .

(٣) أثبت العلم الحديث أن كل نسل يتوالد من سلات ترجع الى اصول متقاربة، يكون فى الغالب ضعيفا هزيلا، وهذا ثابت بالتجارب التي اجريت على الحيوان، والنبات، كما أثبت ان كل نسل يتوالد من اصول متباعدة يكون فى الغالب فتيا قويا . والانسان فى تناسله خاضع لهذه النظرية العلمية ، يقوى نسله ان تزوج فى الغرباء، ويضعف ان أصهر الى الاقرباء . ونبي الاسلام قرر هذا من قديم، ونطق به قبل أن ينطق به رجال العلم الحديث، فقال عليه الصلاة والسلام « اغتربوا لا تضووا » أي تزوجوا فى الغرباء حتى لا تضعف أولادكم . وهذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول لبني السائب، وكانوا يتزوجون فيما بينهم « قد ضويتم فانكحوا فى الغرائب » . وقديما قيل « بنات العم أصبر ، والغرائب أنجب » . والشاعر العربي يقول :

فتى لم تلده بنت عم قريبة   فيضوي، وقديضوي رديد «[١]» القرائب

(٤) يدعو الشارع الى صلة الرحم، وتوثيق العلاقة بين الاقرباء . وفي الزواج من المحرمات بسبب القرابة تعريض الرحم للقطيعة . وتمزيق ما أمر الله به أن يوصل، لان فى الزواج حقوقا وواجبات، يترتب على تبادلها بين الزوجين فى كثير من الاحيان خلف وشقاق، وقد قال الكاساني فى بدائع الصنائع «[٢]» « ان نكاح هؤلاء يفضي الى قطع الرحم، لان النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة، وبسببها تجري الخشونة بينهما أحيانا، وذلك يفضي الى قطع الرحم، فكان النكاح منهن سببا لقطع الرحم، مفضيا اليه، والمفضي الى الحرام حرام » .

وفوق ذلك، قد تتنافى حقوق الزوجية مع حقوق القرابة، وهذا ظاهر فى

---

(١) رديد القرائب . من يولد بينهم .
(٢) ج ٢ ص ٢٥٧ .

الام لو تزوجها ابنها، فعليه طاعتها لحق الامومة، وعليها طاعته لحق الزوجية ، وبهذا يصير من له الطاعة عليه الطاعة، وفى هذا عكس الاوضاع، وقلب الحقائق .

(٥) لو أبحنا الزواج من هؤلاء لكان مقتضى هذا أن نباعد بين الاقرباء ، ونحرم عليهم المخالطة حتى لا يتولد بينهم طمع الرجل فى المرأة، فتكون المساوىء والمفاسد، وفى تحريم لقاء الاب لابنته، ومخالطة الاخ لاخته حرج أي حرج، وتشديد لا تتحمله طاقة البشر، لذا كان التحريم مؤبدا حتى تنقطع الاطماع، وتفتر الرغبات، ويتم اللقاء والخلطة، دون مخافة العاقبة .

النوع الثانى ــ المحرمات بسبب المصاهرة :ــ

وهن أصناف أربعة :ــ

أ ــ زوجة الاب والجد، وان علا، دخل بها أو لم يدخل .

ب ــ زوجة الابن «[١]» وابن الابن، وان نزل، دخل بها أو لم يدخل .

جـ ــ أم زوجته، وجدتها، وان علت، دخل بها أو لم يدخل «[٢]» .

د ــ بنت الزوجة (ويقال لها الربيبة) تحرم هي وبناتها، وبنات أولادها، ولكن بشرط أن يكون قد دخل بأمها، فان كان قد عقد عليها ثم فارقها أو مات عنها قبل الدخول فلا مانع من زواجه باحدى فروعها .

والمرجع فى تحريم هؤلاء جميعا نص القرآن، فبالنسبة لتحريم زوجة الاب والجد قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » . وبالنسبة لما سوى ذلك من المحرمات بسبب المصاهرة، قوله عطفا على المحرمات من النساء « .. وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي فى حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » .

---

(١) المراد الابن الصلبي ، أما المتبني فهو أجنبي ، تحل زوجته بعد فراقها وانقضاء عدتها لمن تبناه .

(٢) هذا مذهب جمهور الفقهاء ، وهناك من يشترط الدخول بالزوجة لتحريم أصولها على الزوج .

والحكمة فى تحريم هؤلاء ما يأتـي :

(١) الابقاء على علاقة القرابة، لأنا لو أبحنا للابن أن يتزوج زوجة احد اصوله بعد طلاقها، أو ابحنا للاب أن يتزوج زوجة احد فروعه بعد طلاقها ، لأدى ذلك الى وجود عداوات، وخصومات بين الآباء والابناء، لان الوالد قد يرغب فـي اعادة زوجته اليه فيجد الابن قد قطع عليه الطريق بزواجه منها ، وكذلك الابن قد يرغب فى اعادة زوجته اليه فيجد أباه أو جده قد قطع الطريق عليه بزواجـه منها، وكذلك لو ابحنا للرجل أن يتزوج من أصول زوجته، أو من فروعها لادى ذلك الى وقوع عداوات بين الاصول والفروع .

(٢) لا يستغني الولد عن مخالطة زوجـة أبيه، ولا الوالد عن مخالطة زوجة ابنه، ولا تستغني الام عن مخالطة زوج ابنتها، ولا البنت عن مخالطـة زوج امها، ولولا التحريم المؤبد لتولد بين هؤلاء جميعا الطمع فى الصلات غير المشروعة، نتيجة المخالطة الحتمية، فكان التحريم على جهة التأبيد قاطعا لهذه الاطمـــاع .

هذا — وقد يقول قائل ، ما بال القرآن اشترط الدخول بالامهات لتحريم البنات ؟ واكتفى بالعقد على البنات لتحريم الامهات ؟ وللجواب عن هذا نقول :

ان العادة جرت بأن الام تؤثر بنتها على نفسها، فان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها، وفاتها أن تسعد به، فقد تحول عنها الى ابنتها، وهذا يطفىء غيرتها ، ويذهب المها وحسرتها، لانها ترى فى سعادة ابنتها سعادة لها، وكم استعذبت الامهات الشقاء من أجل سعادة البنـات .

أما البنت فليس من طبعها أن تؤثر امها على نفسها، فان عقد الزوج عليها ثم طلقها وتزوج من امها ثارت فى نفسها الغيرة، وتولد فى قلبها الحقد على أمها التي سعدت على حساب شقائها، وأقامت زوجيتها على أنقاض زوجيتها وهنائها .

أما بعد الدخـــول بالام فالتحريم ثابت لان الام قد استوفت حظوظ الزواج، فكانت بنتها — ضرورة المخالطة — كبنت الزوج، فلا تحل له مراعاة

لهذه الصلة . على أن التعليل العام للتحريم بسبب المصاهرة، قوله عليه الصلاة والسلام « المصاهرة لحمة كلحمة النسب » .

هذا — وقد ألحق الفقهاء بالزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا فى حرمة المصاهرة ما يأتـي :

(١) الموطوءة بملك اليمين .

(٢) المدخول بها بناء على عقد فاسد .

(٣) الموطوءة بشبهة، كامرأة زفت لرجل على أنها زوجته، ثم اتضح بعد الدخول بها أنها غير المعقود عليها .

(٤) المزنى بها، ومن مست أو قبلت بشهوة، عند الحنفية، والجعفرية «[١]» والحنابلة ، وجماعة مـن الفقهاء الذين يرون أن مناط التحريم هو الوطىء مطلقا، مشروعا كان أو غير مشـروع .

أما الشافعي فانه لا يرى الزنى، أو دواعيه مثبتا لحرمـة المصاهرة، لان الحرام لا يحرم الحلال، ولان حرمة المصاهرة نعمة تلحق الاجانب بالاقرباء ، فكيف تثبت بما هو محظور شرعا ؟ .

النوع الثالث — المحرمات بسبب الرضاع : —

يحرم من الرضاع كل ما يحرم من النسب (القرابة) والمصاهرة، وعلى هذا فالمحرمات بسبب الرضاع أصناف ثمانية :

(١) الام من الرضاعة، وكذا الجدات وان علون .

(٢) البنت من الرضاعة ، وكذا بنات الاولاد وان نزلن .

(٣) فروع الابوين ، وهن الاخوات من الرضاعة ، وكذا بنات الاخـوة والاخوات وان نزلن .

---

(١) وفى رواية اخرى عند الجعفرية ، ان الزنى لا ينشر الحرمة ، وذكـر الطوسى فى مسائل الخلاف ج ٢ ص ٦٦ ان اكثر الروايات على ان الزنى يتعلق به التحريم كالوطىء المباح .

(٤) فروع الاجداد والجدات اذا انفصلن بدرجة واحدة، وهن العمات والخالات من الرضاعة، وكذا عمات وخالات الابوين أو الاجداد والجدات .

(٥) أم الزوجة من الرضاعة، وكذا جداتها، وان علون، دخل بالزوجة أو لم يدخل .

(٦) بنت الزوجة من الرضاعة، وبنات اولادها وان نزلن بشرط الدخول بالزوجة .

(٧) زوجة الاب من الرضاعة، وكذا زوجة الجد وان علا .

(٨) زوجة الابن من الرضاعة، وكذا زوجات أولاده وان نزلن .

والمرجع فى تحريم هؤلاء قوله تعالى، عطفا على المحرمات « .. وامهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة » .

وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . والاجماع على أنه، يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والمصاهرة «[١]» ، الا أن هناك مسائل مستثناة من هذا العموم، ووجه استثنائها أن المعنى الذي من أجله كان التحريم فى النسب أو المصاهرة، ليس موجودا فيها، فمن هذه المسائل المستثناة، أم الاخ رضاعا، فاذا أرضعت امرأة صبيا، وكان لها ابن من النسب، جاز لهذا الابن من النسب أن يتزوج بأم الصبي الذي رضع من امه، لان أم الاخ من النسب اما أم ، أو زوجة أب، وهذا المعنى منتف فى أم الاخ رضاعا ، فلهذا كانت حلالا .

---

(١) أقام جمهور العلماء ادلة واضحة على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ولهم تخريجات فى الآية والحديث تتمشى مع هذا التعميم ، ولكن ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وقفا بالتحريم عند مورد النص فلم يقولا بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة . فراجع كتب التفسير فى الآية ، وراجع فتاوي بن تيمة وزاد المعاد لابن القيم لتقف على حجج الفريقين .

ومنها أخت ابنه رضاعا ، فاذا أرضعت امرأة ولدا ، ولهذا الولد أخت لم ترضع من تلك المرأة ، يجوز لزوج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذى هو ابنه من الرضاع ، لان أخت الابن من النسب اما ابنته ، أو بنت زوجته المدخول بها ، وهذا المعنى منتف فى أخت الابن رضاعا ، فلهذا كانت حلالا ، وقس على هاتين المسألتين .

وحكمة التحريم بسبب الرضاعة : أن الرضيع قد تغذى من لبن من أرضعته ، ولبنها من دمها ، وعليه نبت لحم الطفل ، ونشز عظمه ، فكان جزءا منها ، وكانت له كالام نسبا ، فالام غذته بدمها وهو جنين فى بطنها ، والمرضعة غذته بدمها وهو طفل فى حجرها ، وزوج المرضعة له دخل فى در لبنها ، فكان بمنزلة الاب للرضيع ، لذا ثبتت الحرمة بين الرضيع وأمه وأبيه رضاعا وما اتصل بهما من اصول وفروع وأصهار، كما هو الشأن بالنسبة للاب والام نسبا، لرابطة الدم، وثبوت الجزئية فى الحالتين «[1]» .

« القسم الثاني ـ المحرمات على التأقيت »

وهن أنواع متعددة، تبعا لتنوع أسباب الحرمة، ومجمل هذه الانواع سبعة (١) المشغولة بحق الغير (٢) الجمع بين محرمين (٣) المطلقة ثلاثا (٤) الامة على الحرة (٥) الملاعنة (٦) من لا تدين بدين سماوي (٧) الزيادة على الاربع ـ واليك تفصيل كل نوع :

١ ـ المشغولة بحق الغير : ـ

يحرم تزوج كل امرأة مشغولة بحق الغير، فزوجة الغير، والمعتدة من طلاق رجعي، أو بائن، أو من وفاة مشغولة بالزوجية حقيقة أو حكما ، فالزواج بها فى هذه الحالة يكون عدوانا على الغير، فوق ما يؤدي اليه من اختلاط

---

(١) سيأتي الكلام عن الرضاع فى بحث مستقل نبين فيه المدة التي يكون الرضاع فيها محرما، والمقدار الذي يثبت به التحريم، وغير ذلك من مباحث الرضاع .

الانسـاب «[١]» .

ودليـل التحريم لذات الزوج قولـه تعـالى، عطفا عـلى المحرمات « .. والمحصنات من النساء » اذ المراد بهن ذوات الازواج .

ودليل التحريم للمعتدات قوله تعـالى فى شأن المطلقات « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وقوله فى شأن المتوفي عنها زوجها « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله فيهن أيضا « ولا تعزموا عقـدة النكـاح حتى يبلغ الكتاب اجلـه » وقوله « وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن » .

هذا ويلحق بالمعتدة من زواج صحيح المعتدة من دخول بعقد فاسد ، أو وطىء بشبهة . أما المزنى بها فان كان العاقد عليهـا هو الزاني صح العقد ، وجاز الدخول بها فى الحال ، سواء كانت حاملا أو غير حامل «[٢]» .

وان كان العاقد عليهـا غير الزاني، وكانت غير حامل جاز العقد عليهـا والدخول بها فى الحال عند ابي حنيفة، وأبي يوسف والشافعي . وقال محمد والجعفرية : يصح العقد، ويكره الدخول بها حتى يستبرأها بحيضة . وقال مالك واحمد لابد مـن العدة .

وان كان العاقد غـير الزاني، وكانت حاملا صح العقد، وحرم الدخول

---

(١) مذهب الجعفرية أن مـن تزوج من معتدة ودخل بها عالما بالحرمة أو جاهلا حرمت عليه مؤبدا، وكذا اذا عقد عليها فقط وكان يعلم بالحرمة، اما مجرد العقـد مع الجهالة فلا يستلزم الحرمة المؤبدة ــ انظر الاستبصار جـ٣ ص ١٨٧ ومسـائل الخلاف جـ٢ ص ٦٨ . ومذهب المالكيـة كمذهب الجعفرية بالنسبة للمعتدة مـن وفاة او طلاق بائن الا ان الظاهر عندهم عدم تأبيد التحريم بالعقـد المجرد عن الدخول ولو عالما بالحرمة ــ انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٢ ص ١١٨ ، ١١٩ .

(٢) بعض الفقهاء لايرى صحة الزواج من الزانية ، وهو مروي عن الحسن البصري . وروى عن أحمد انه جائز بشرط التوبة .

بها حتى تضع حملها عند أبي حنيفة، ومحمد، والشافعي، لقوله عليه الصلاة والسلام (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماؤه زرع غيره) . وقال أبو يوسف، وزفر، ومالك، واحمد فى رواية عنه لا يصح العقد، وبالتالي لا يجوز الدخول، فان وضعت حملها عقد عليها ودخل بها . وقال الجعفرية . يصح العقد، ويجوز الدخول بها فى الحال، ويستحب الا يطأها حتى تضع ما فى بطنها «١» .

٢ ـ الجمع بين محرمين : ـ

والمراد من المحرمين، كل امرأتين بينهما قرابة محرمية بحيث لو فرضت أيتهما «٢» ذكرا حرمت عليه الاخرى، وذلك كالاختين، لاننا لو فرضنا أي واحدة منهما ذكرا لا تحل للاخرى لان هذا يؤدي الى جواز نكاح الاخ أخته، وكذلك المرأة مع عمتها أو خالتها، لا يصح الجمع بينمها . والدليل على التحريم قوله تعالى، عطفا على المحرمات « ... وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف » فهي صريحة فى حرمة الجمع بين الاختين، وتدل بالفحوى على حرمة الجمع بين سائر المحارم، وقد أيد هذا العموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة اختها، فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » . ولا فرق بين كون المحرمين

---

(١) مسائل الخلاف ج٢ ص ٦٥ .

(٢) عبرنا بأيتهما، لان الجمهور يرى ان الحرمة لا تثبت الا اذا ثبت التحريم من الجانبين، فأيتهما فرضت ذكرا حرمت عليه الاخرى . اما لو كانت الحرمة من جانب واحد فالجمع جائز كما فى البنت مع زوجة أبيها، فلو فرضت البنت ذكرا لا تحل لها زوجة أبيها . ولكن على فرض أن زوجة الاب ذكر فهي اجنبية عن البنت . وكذا المرأة مع زوجة ابنها، وخالف زفر فقال بحرمة الجمع ولو ثبتت الحرمة من جانب واحد . على أننا اشترطنا القرابة المحرمية ولا قرابة بين من ذكر فى المثالين .

من ناحية النسب ، أو من ناحية الرضاع «[١]» •

وذهب الجعفرية الى أنه يجوز نكاح المرأة على عمتها، وخالتها بشرط رضا العمة والخالة، ويجوز نكاح العمة على بنت أخيها، والخالة على بنت اختها بدون رضا بنت الاخ ، وبنت الاخت «[٢]» •

هذا ـ ويرى الحنفية أنه كما لا يصح أن يتزوج الرجل من أخت زوجته التي فى عصمته، كذلك لا يصح أن يتزوج من أخت زوجته المطلقة طلاقا رجعيا، أو بائنا بينونة صغرى أو كبرى ما دامت فى العدة، لان الزوجية باقية حكما لبقاء آثارها، كحق الاحتباس، ووجوب النفقة •

ويرى المالكية، والشافعية، والجعفرية ،ان حرمة الجمع بين المحارم انما هو حال قيام الزوجية فعلا، أو فى عدة الطلاق الرجعي، أما لو كان الطلاق بائنا فقد انقطعت الزوجية وزالت، فان تزوج فى العدة بأخت المطلقة فلا يكون ذلك جمعا بين أختين •

ثم انه قد يحدث أن يتزوج رجل من محرمين فى عقد واحد، وهنا يقع العقد فاسدا بالنسبة لهما معا •

وقد يتزوجهما فى عقدين كل على حدة، ولكنه لا يعرف السابق منهما •

والحكم أن أحد العقدين فاسد بيقين، ولما كان تعيين الفاسد متعذرا وجب التفريق فى الحال بالنسبة لهما معا «[٣]» •

أما ان تزوجهما فى عقدين كل على حدة • وكان السابق معروفا كان هو الصحيح، والثاني فاسد باتفاق •

---

(١) خالف ابن تيمية وابن القيم فأجاز الجمع بين المحارم رضاعا .

(٢) الاستبصار جـ٣ ص ١١٨ .

(٣) ان امكن فى هذه الصورة وما قبلها ترجيح عقد واحدة على عقد الاخرى كأن كانت احداهما ليس فيها مانع آخر والاخرى فيها مانع آخر سوى ما نحن فيه اعتبر العقد صحيحا بالنسبة للراجحة وفاسدا بالنسبة للاخرى .

والحكمة فى تحريم الجمع بين المحارم : ما يترتب عـلى الجمع من قطع الصلة بين ذوي الارحام، لان العادة جرت بكراهة الزوجة لضرتها، وتلك طبيعة المرأة فلا يمكن التخلـي عنها، والاسلام يدعو الى توثيق العلاقات، لا الـى قطعها ، وقد صرح الرسول صلى الله عليـه وسلم بذلك فى الحديث السابق حيث قال فى آخره « ... فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » .

٣ ـ المطلقـة ثلاثـا : ـ

وهـذه حرمتها المؤقتة ،بالنسبة لمن طلقها، فان زال مانـع الحرمة بأن تزوجت من آخر زواجا صحيحا، ودخل بها دخولا حقيقيا، ثم طلقها أو مات عنها ،فللزوج الاول بعد انقضاء عدتها أن يعقد عليها من جديد .

والدليل على هـذا قوله تعـالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ... الى أن قال « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجـا غـيره » .

والحكمة فى تحريم المطلقة ثلاثا على من طلقها، أن الزوج اذا ما عرف ان الطلقة الثالثة ستحرم عليه زوجته، وأنها ستكون لزوج آخر، وقد لا تعود اليه، وان عادت فبعد أن أخذ الثاني منها رغبته، وقضى وطره، دعاه كل هـذا الـى أن يتريث ويتروى ، فيمسـك عن طلاق هذا مآله ، وتلك عاقبتـه .

والزوج والزوجة اذا ما عرفا هذه العاقبة التي تنجم عن الطلاق الثلاث ، راجع كل منهما نفسه، فأزال أسباب الخلاف مـن جانبه، وحسن معاملتـه لصاحبه، حفاظا على الزوجية، وابقاء عليهـا .

٤ ـ تزوج الامـة على الحرة : ـ (١)

من كان فى عصمته زوجة حرة فلا يجوز له أن يتزوج امة عليها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الامة على الحرة، وتنكح الحرة على الامة »

---

(١) قصدنا بيان حكم الشريعة، بصرف النظر عن كون الرق له وجود الآن أو لا وجـود له .

ولان الله أباح زواج الاماء عند عدم القدرة على زواج الحرة «[1]» ــ والقدرة كما يرى الحنفية ــ متحققة بوجود الحرة فــي عصمته •

والحكمة فى هذا التحريم، هو أن ادخال الامة على الحرة امتهان لها ، وجرح لكرامتها، والمرأة لا ترضى عادة بادخال الحرة عليها، فكيف بالامة ؟

٥ ــ المرأة الملاعنــة : ــ

اذا قذف الرجل زوجته بالزنى، أو نفى ولدها عن نفســه ، ولم يكن له شهود على ذلك، فالحكم اذا ترافعا الى القاضي، أن يحلف الرجل أربع مرات بالله انه صادق فيما رماها به، والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين •

ثم تحلف المرأة أربع مرات بالله انه كاذب فيما رماها به، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان مــن الصادقين • فان تم ذلك، فرق القاضي بينهما وكانت المرأة حراما عليه، لا تحل له ما دام عــلى اتهامه لها، فان كذب نفسه، وبرأ ساحتها، أقيم عليه حد القذف ثمانون جلدة، وكان له أن يعقد عليها من جديد •

والحكمة فى أن الشارع جعل الحرمة نتيجة الملاعنة، أن الثقة قد فقدت بين الزوجين، وزواج لا ثقة فيه لا خير فيه، فأولى أن تحل عقدته، فان كذب الزوج نفسه عادت الثقة، وحينئذ لا مانع مــن عودة الزوجيــة، ان رضيت الزوجــة •

٦ ــ من لا تدين بدين سماوي :

لا يحل لمسلم أن يتزوج من امرأة لا تدين بدين سماوي، فمن لا تعترف بألوهية، ومن تشــرك مع الله غيره، ومــن تعبد الاوثان، ومن تعبد النار أو النجوم، كل اولئك لايبيح الشارع للمسلم نكاحهن، فالله يقول « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ويقول « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » • وقال عليــه الصلاة والسلام فى شأن المجوس

---

(١) فى قوله « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » .

« سنوا بهم سنة أهل الكتاب، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم » .

ويلحق بهؤلاء فى التحريم، المرتدة عن الاسلام ولو الى دين سماوي آخر، لانها لا تقر على ردتها، وتعتبر غير ذات دين، وتحبس الى أن تتوب أو تموت .

والحكمة فى تحريم هؤلاء جميعا، أن بين المسلم ومن لا تؤمن بالله ولا بنبي تباينا تاما فى العقيدة، ومحال أن تستقر مع هذا التباين التام حياة زوجية، أو تحسن معه عشرة ومودة .

وأما الكتابية، يهودية أو مسيحية، فللمسلم — على رأي الجمهور — أن يتزوج منها لان الله يقول : « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ... » .

وانما جاز نكاح الكتابية لانها والمسلم متقاربان فى الدين فلا يخشى على الزوجية من خلاف يعكر صفوها ويهدم كيانها — وسيأتيك فيما بعد بحث مفصل يتناول أحكام زواج المسلمين من غير المسلمين .

٧ — الزيادة على الاربع : —

لا يحل لرجل فى عصمته أربع زوجات أن يتزوج بخامسة، واذا طلق واحدة فليس له أن يتزوج باخرى حتى تنقضي عدتها ولو كان الطلاق بائنا بينونة كبرى، لان الزوجية قائمة حكما ما دامت العدة باقية لبقاء أثر النكاح .

وذهب الشافعية، والجعفرية، الى أنه بالنسبة للطلاق البائن بقسميه يجوز للمطلق أن يتزوج فى العدة بخامسة، ولا يكون جامعا بين خمس نسوة لان زوجية المبانة زالت بمجرد طلاقها ولا التفات لبقاء العدة .

والاصل فى تحريم الزيادة على الاربع قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ولو جازت الزيادة لما اقتصرت الآية على الاربع .

وقد أيدت السنة ذلك، فقد روى أن غيلان الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة، تزوجهن فى الجاهلية، وأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ويفارق الباقي . وقد قام الاجماع على ذلك أيضا . وما وراء ذلك من أقوال، لا يلتفت اليه، ولا يعول عليه «[1]» .

هذا . ولابد لنا أن نعرض لبيان مسألتين نرى فى تجليتهما وتوضيحهما ما يزيل غبار الشك الذي أثاره، ولا يزال يثيره أعداء الاسلام، بغية الكيد له والصد عنــه « يريدون ليطفئوا نور الله بأفواههم والله متـم نوره ولو كره الكــافرون » .

قالوا : ان تعدد الزوجات، اسراف فى اشباع الغريزة الجنسية، والدين يجب أن يسمو على الغرائز، وعليه أن يعمل لتهذيبها، وكبح جماحها، لا لاثارتها، بالتقلب من لذة الى لذة ، والتنقل من امرأة الى امرأة ، عليــه أن يدعو الى السمو الروحي، لا الى لذة الجسد، فتلك بهيمية صرف ، وهي بغير الانسان أليــق .

قالوا : وفى تعدد الزوجات ظلم للمرأة التى لا تقبل طبيعتها أن تشاركها امرأة ثانيــة فى حقوقها الزوجية، بله ثالثة ورابعة ، ولئن رضيت بالمشاركــة فهيهات أن يكون الزوج عادلا بين نسائه ، لاختلاف ميوله وهواه ، فهو ولاشك الى واحدة أميل ، وبها ــ دون غيرها ــ أبر .

قالوا : وكم لتعدد الزوجات من مساوىء ، فالبيت لا يهدأ ، والزوج لا يطمئن ولا يستريح من كيد الضرة لضرتها ومحاولة كل واحدة افساد علاقة الاخرى بزوجها ، والاولاد من نساء متعددات ، تنشأ بينهم العداوات ، ولغير سبب ــ الا سبب اختلاف الام ــ تقوم بينهم المشاحات والخصومات ، وبيت

---

(١) من هذه الآراء ،عدم التحديد بعدد بل للانسان ان يجمع من الزوجات ما شاء، ومنها ان الذي يباح ثماني عشرة، ومنها أن المباح تسع، وكل صاحب رأي له فى الآية فهم خاص، فراجع كتب التفسير .

هذا حاله ، لا خير فيه ، وأسرة هذا شأنها خير منها الوحدة عن الزوج والولد.

قالوا : وتعدد الزوجات ينشأ عنه كثرة الاولاد ، وكثرة الاولاد تحتاج الى دخل لا ينقطع ، ومورد لا يغيض ، ومن لنا بهذا الدخل الذى يسد حاجة هذه الكثرة المتزايدة من النسل ؟ وموارد الدولة معدودة ، وأرزاقها محدودة، وهي بهم على قلتهم ضائقة ، فكيف تسعهم ان تضاعف عددهم ، وتزايد جمعهم ؟

قالوا هذا !!.. ونقول لهم :

ان الاسلام لم يكن بدعا فى اباحة تعدد الزوجات ، فقد سبقته أديان أباحت التعدد الى ما فوق الاربع بكثير ، كاليهودية ... وما عليه المسيحية من قصر الزواج على واحدة ، فليس ذلك من أجل المحافظة على المرأة وشعورها بل لان الترهب والتبتل هو الاصل ، والمرأة — فى المسيحية — شر محض يصرف المرء عن الله ، فان كانت ضرورة ملحة ، فامرأة واحدة أهون شرا من امرأتين .

والاسلام حين جاء ، وجد التعدد مألوفا عند العرب ، ووجد منهم من لا يقف بالتعدد عند حد ، فما كان منه الا أن هذب هذه الفوضى ، فلم يقض على مبدأ التعدد بالمرة ، وانما وقف به عند الاربع ، لحكم ان جهلها بعض الناس أو تجاهلها ، فذلك لانها « لا تعمي الابصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور » .

ليس فى تعدد الزوجات اسراف فى اشباع الغرائز ، أو ارضاء لرغبات الجسد ، وانما هو العلاج كل العلاج لادواء المجتمع ، ومشاكل الناس .

فالرجل الذى تصاب زوجته بمرض عضال يستعصى على العلاج ، ولا تصلح معه للحياة الزوجية ، هل فى شريعة الانصاف أن نحرم عليه الزواج من أخرى ، تسد حاجته ، وتقضى لبانته ؟ أو من فضيلة الوفاء أن يطلق زوجته حتى يتمكن من الزواج بأخرى ؟ . ان حرمنا عليه الزواج فقد كلفناه شططا ،

وحملناه عسيرا ، وان أبحنا له الطلاق ليتمكن من الزواج بأخرى — حيث لا يباح له الجمع بين زوجتين — فمن للزوجة الاولى ، وقد زهد فيها الناس ، وانصرف عنها الرجال ؟. أليس الجمع بين الثنتين أوفق وأرفق ؟ .

والرجل قد يكون له من طبيعته ما لا يصبر معه على الحرمان من المرأة مدة طويلة ، والمرأة يعتريها فى بعض الاحيان ما تمتنع معه المعاشرة الجنسية ، كأيام حيضها ، ونفاسها ، فهل نعرض من هذه حاله من الرجال للفتنة ، والمغامرات فى صلات غير مشروعة ؟ أو نسد حاجته بزوجة أخرى من طريق مشروع ؟

والحروب التي تأتى على الرجال ، ثم تنتهي بهذه المشكلة الاجتماعية ، قلة الرجال وهم عصب الدولة ، وكثرة النساء ، وهن فى حاجة الى رعاية وعناية ، وفى حاجة أمس الى الزوج الذى يجنبهن مزالق الاخلاق ، وموارد الرذيلة .

دلت الاحصائيات الصحيحة على أن نسبة الرجال الى النساء ، بعدالحرب العالمية الاولى كانت ١ الى ٣ ، وبعد الحرب العالمية الثانية ، كانت نسبة الرجال الى النساء فى المانيا ١ الى ٩ . أفمن الخير أمام هذه القلة من الرجال ، والكثرة من النساء ، أن نبيح تعدد الزوجات ، حتى نعوض النقص فى الرجال ، ونحافظ على كرامة المرأة ؟ أم من الخير أن نحرم التعدد ، وتبقى الامة هزيلة ضئيلة ، وتصبح المرأة ولا طريق لعيشها الا بعرضها ، ولا سبيل لحياتها الا على حساب سمعتها وشرفها ؟

ثم هل ينكر أحد ان الدول التى يعيب أهلها على الاسلام تعددالزوجات، يتفشى بين أفرادها نظام الخليلات والعشيقات ، بحيث يكون للرجل أكثر من خليلة وعشيقة ، يعيش معهن فى ريبة ، ويرتبط بهن برباط غير مشروع ؟ أذلك خير أم تعدد الزوجات الذى شرعه الله ، وأحاطه بقدسية ، وناطه بحقوق وواجبات ؟

أما مايقال من أن التعدد ظلم للمرأة، فذلك بعيد كل البعد عن الحقيقة ، لان الاسلام لم يبح التعدد فى كل الاحوال ، بل أباحه عند الحاجة ، وشرطه بالتأكد من العدل والمساواة بين الزوجات ، وحيث لا ضرورة فالاقتصار على واحدة أولى ، وحيث يتوقع الظلم وعدم المساواة فالتعدد حرام قطعا ، لان الله يقول « ... فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » .

لقد حاول بعض من لا يدركون اتجاهات القرآن فى أسلوبه ، أن يأخذوا منه دليلا على حرمة التعدد ، فقالوا : ان القرآن ، أباح التعدد بشرط العدالة وبين أن العدالة غير ممكنة بقوله « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » .

ونقول : هذا فهم ان صح كان القرآن مناقضا نفسه بنفسه ، وحاشاه أن يكون كذلك « ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا » .

والفهم الصحيح ، أن الآية الاولى أرادت من العدالة المساواة فى النفقة والقسم بين الزوجات ، وهذا أمر ممكن يدخل تحت طاقة البشر .

أما الآية الثانية التى صرحت بأن العدل غير مستطاع ، فمرادها ، الحب والميل القلبي ، وهذا فوق طاقة البشر ولا دخل لهم فيه ، ويشهد لذلك قوله عليه الصلاة والسلام « اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » .

وأما ما يقال من أن تعدد الزوجات سبب لتعكير الحياة الزوجية ، وافساد للعلاقات بين الاولاد ، فذلك ليس عيب التعدد ، وانما هو عيب المجتمع الذى نعيش فيه ، فلو عرف كل فرد حقه وواجبه ، ووقف عند حده ، دون أن يتعرض لغيره بما يسوءه ، لما كانت هناك مشاكل الاسر ، ومفاسد العائلات !!.

وأولى بالرجل الذى لا يأنس من نفسه العزم والحزم ، أن يقتصر على امرأة واحدة ، حتى لا يجنى على نفسه ، وبيته ، وأولاده .

وأما ما يقال من أن تعدد الاولاد يتسبب عنه كثرة الاولاد ، والكثرة

تؤدي الى أن تضيق موارد الدولة بأفرادها ، فذلك منطق العجزة ، واسلوب القعدة ، وحجة الكسالى فى دنيا الناس !!...

لم تبخل الارض بخيراتها ، وموارد البلاد الطبيعية لا تزال تتزايد يوما بعد يوم ، وكنوز الارض لا تزال تظهر آنا بعد آن ، وبفضل حركات العرب التحررية رفعنا يد المستعمر عن كنوزنا وخيراتنا ، فاتسعت ولا تزال تتسع أمامنا موارد الرزق التى تكفي أضعاف أضعافنا . وحاجتنا اليوم — قبل كل شيء الى الايدي الكادحة العاملة ، والقوى المستغلة المنتجة . ويومئذ لاتكون فاقة ولا حاجة .

المسألة الثانية — ما أثير حول زواج الرسول بأكثر من أربع :—

يحاول بعض المغرضين أن ينالوا من نبي الاسلام ، لجمعه بين أكثر من أربع زوجات ، ويقولون أن محمدا لم يرض لنفسه أن يكون كأفراد أمته ، بل خص نفسه وميزها ، بأن جمع فى وقت واحد بين تسع زوجات ، وما كان للنبي أن يميل الى الشهوات ، فيعدد الزوجات ، فضلا عن تمييز نفسه عن أفراد أمته ، والميل الى الشهوات دليل على ضعف الخلق ، وضعف الخلق لا يليق بجلال النبوة !!..

ونقول لهؤلاء : أن جهلكم بالتاريخ ، وبتاريخ التشريع خاصة ، وعدم ادراككم لاهداف النبوة السامية ، حدى بكم الى منكر القول وزوره ، فرميتم رسول الله صلى الله عليه وسلم بميله الى الشهوات ، واندفاعه وراء الملذات !!...

نقول لهؤلاء : تتبعوا التاريخ ، واستقصوا زوجات الرسول ، واحدة واحدة ، فسترون أنه ما أقدم على واحدة الا لغرض سام ، وقصد نبيل .

تزوج الرسول من أجل تأليف القلوب المتنافرة . وتزوج بدافع الاخلاص والوفاء لمن سانده فى دعوته ، وعاونه على تبليغ رسالته . وتزوج من فارقت أهلها وغادرت وطنها من أجل دينها ، ثم مات زوجها وتركها بلا عائل ولا نصير،

فكان لها عليه السلام الزوج ، والعائل ، والنصير ، مكافأة لها على ما أبلت فى دين الله . وتزوج من رأى فى زواجه منها ما حبب قومها فى الاسلام ، فدخلوا فيه بعد كفر ، واعتنقوه بعد عناد ومكابرة . وتزوج من قتل زوجها فى حروب المسلمين ، وخلف لها ذرية ضعافا ، فحماها من ذل الحاجة ، وعال أيتامها . وتزوج من كان زواجه منها هدما لعادة تمكنت من قلوب العامة ، وتطبيقا لتشريع صعب تنفيذه على الناس ، فما لبثوا أن طبقوه على أنفسهم ، وانقادوا لحكم الله فيه . وتزوج لغير ذلك من أسباب يطول ذكرها ...

ومع هذا فاستعرضوا زوجات النبى عليه السلام ، فسترون أنهن جميعا كن ثيبات مسنات ، ما عدا عائشة رضى الله عنها ، فهل من يجري وراء شهواته وملذاته ، يطلب الثيب المسنة ، ويترك البكر الشابة ؟. لو كان شهوانيا — كما تقولون — لكان له عن كل هؤلاء مندوحة الى غيرهن من نساء المسلمين ، وفيهن من يفقن كل أولئك شبابا وجمالا .

ثم نقول لهؤلاء تعلموا تاريخ التشريع الاسلامى حتى تقفوا على أن التعدد الذى جاء به القرآن انما كان بعد تزوجه عليه الصلاة والسلام بجميع أمهات المؤمنين ، وكانت العادة قبل نزول آية التعدد تبيح للرجل أن يتزوج من النساء ما يشاء ، ومن الثابت أنه لم يتزوج بعد نزول هذه الآية (١) .

... وأخير نقول لهؤلاء : قارنوا بين ما ألزم الله به نبيه ، من عدم جواز تطليقه لاية واحدة من نسائه ، وعدم تمكينه من الزواج بأية واحدة عليهن ، كما صرح بذلك القرآن الكريم فقال « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن » .

قارنوا بين هذا الحظر ، وما أبيح لسائر المسلمين من استبدال زوجة

---

(١) انظر المواهب الفتحية ص ٢٥ . ولا يقال لم لم يمسك اربعا ويفارق الباقي كما هو الحكم بالنسبة لافراد امته، لان الرسول لو طلق احدى نسائه فليس لاحد بعده أن يتزوجها بنص القرآن وهنا يكون الطلاق ظلما للمطلقة .

مكان زوجـة ، ثم قولوها كلمة منصفة عادلة . قولوا : ان نبي المسلمين ، لا ترقى اليها الشبهات ، وحاشاه أن يكون قد اندفع وراء الشهوات والملذات .. قولوها فقد قالها المنصفون ، وسجلها التاريخ ...

الفصل الخامس

« في : الولايـة في الزواج »

(١) تعريفها (٢) أسبابها (٣) شروطها (٤) ترتيب الاولياء (٥) انتقال الولاية عن الولى القريب الى البعيد (٦) أنواع الولاية (٧) أحكام تزويج الاولياء (٨) متى يسقط خيار المولى عليه ؟

١ ـ تعـريف الولايـة : ـ

الولاية لغـة : النصـرة ، وقيـام الشخص بأمر غـيره ـ وشـرعا سلطة شرعية ، يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره جبرا عليه . فدخل فى هذا التعريف ، الولاية على النفس ، والولاية على المال ، والولاية الخاصة ، كولاية الاب على ابنه الصغير ، والولاية العامة ، كولاية الامام ومن ينوب عنه . وموضوع بحثنا ، هو الولاية على النفس فى الزواج .

٢ ـ أسباب الولاية على النفس فى الزواج : ـ

أولا : الملك ـ فالسيد يتولى تزويج عبده وأمته ، بمقتضى ملكيته لهما .

ثانيا : القرابة ـ فالقريب العاصب ، وغير العاصب ، يتولى زواج من تحت ولايته بمقتضى قرابته له .

ثالثا : ولاء العتاقـة ـ وهو حق شرعي ، أعطاه الشارع للمعتق على

من أعتقه ، يرثه به اذا مات ، ويتولى به تزويجه ان كان فاقد الاهلية ، بشرط عدم وجود قريب عاصب فى الحالتين .

رابعا : ولاء الموالاة — كانت العادة جارية بأن يسلم رجل من الكفار على يد رجل مسلم ويواليه ، بأن يقول له ، أنت مولاي ، ترثني اذا مت ، وتعقل عني اذا جنيت ، فتصبح له درجة من الولاية ، تأتي بعد ولاية القرابة بكل أنواعها .

خامسا : الامامة العامة ، فالامام ولي من لا ولي له ، ويقوم مقامه من ينوب عنه ، كالسلطان ، والقاضى .

٣ — شروط الولاية : —

(١) الحرية (٢) البلوغ (٣) العقل (٤) اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه .

أما الثلاثة الاولى ، فلان كمال الاهلية يكون باجتماعها ، وبفقدها أو فقد واحد منها ، لا يكون الانسان أهلا للتصرف فى حق نفسه ، فكيف يملك التصرف فى حق غيره ، وفاقد الشيء لا يعطيه ؟ .

وأما اتحاد الدين ، فلان الولاية فرع الميراث ، ولا توارث عند اختلاف الدين ، فكذا لا ولاية — وينبغي أن يلاحظ ما يأتى :—

أولا : أن شرط اتحاد الدين ، انما هو بالنسبة للولى الخاص ، أما من له ولاية عامة ، وهو الامام أو نائبه ، فلا يشترط فيه هذا الشرط ، لان ولايته على المسلم وغير المسلم . وكذا للسيد المسلم ، تزويج أمته الكافرة بمقتضى الملكية لا الولاية ، على الصحيح «١» .

ثانيا : — لو كان المولى عليها مسيحية مثلا ، ولها أخ مسلم ، وأخ مسيحي ، فوليها ، أخوها المسيحي دون المسلم . ومنع الجعفرية ولاية غير

---

(١) فتح القدير جـ٢ ص ٤١٢ .

المسلم على المسلم وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم «[١]» .

ثالثا — عدالة الولى شرط عند الشافعية والحنابلة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح الا بولى مرشد » أي رشيد ، والفاسق ليس رشيدا «[٢]»

وقال الحنفية والمالكية ، لا تشترط عدالة الولى ، لان ما ورد فى القرآن والسنة ، من أمر للاولياء بتزويج من فى ولايتهم ، ليس فيه ما يشير الى اشتراط العدالة فى الولى ، ولان الفاسق يزوج نفسه باتفاق ، فكذا يملك تزويج غيره ما دام فى ولايته ، ولان مدار الولاية على توفر الشفقة ، ورعاية المصلحة ، وهما لا يزولان بالفسق .

وأجابوا عن حديث « لا نكاح الا بولى مرشد » بأن كلمة (مرشد) ليست ثابتة ، وعلى فرض ثبوتها فالحديث مضطرب ، والاضطراب موجب للضعف ، وعلى فرض صحة الحديث مع زيادة لفظ (مرشد) فليس معناها ما ذكر ، بل معناها ، أنه يرشد الى ما فيه مصلحة المولى عليه ، وهذا أمر يصلح له العدل والفاسق .

أما الجعفرية ، فقد شرطوا العدالة فى الحاكم والوصى ، دون الاب والجد .

٤ — ترتيب الاولياء : —

المولى عليه ، اما أن يكون مملوكا ، واما أن يكون حرا . فان كان مملوكا فالولاية عليه لمالكه ، ذكرا كان المالك أو أنثى ، فالعبد والامة ، صغيرين ، أو كبيرين ، عاقلين ، أو غير عاقلين ، يتولى المالك عقد زواجهما .

---

(١) اما المرتد عن الاسلام فلا ولاية له مطلقا لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله . لانه لا يرث احدا ، ولا ولاية له على نفسه ، حتى لا يجوز نكاحه احدا لا مسلما ولا كافرا — بدائع الصنائع جـ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) وعن الشافعية والحنابلة رواية اخرى لا تشترط عدالة الولي .

وان كان المولى عليه حرا ، فولاية تزويجه تثبت للاولياء على الترتيب الآتي :

أولا ــ العصبة النسبية «١» : وهم أصناف أربعة :

أ ــ البنوة : ويراد منها ، الابن ، وابن الابن وان نزل .

ب ــ الابوة : ويراد منها الاب ، والجد أبو الاب وان علا .

الاخوة : ويراد منها الاخ ، وابن الاخ وان نزل ، شقيقا كان ، أو لاب .

د ــ العمومة : ويراد منها العم ، وابن العم وان نزل ، لابوين كان ، أو لاب .

وهؤلاء جميعا مرتبون حسب عصوبتهم ، فالاقوى عصبة أولا ، ثم الذى يليه ، حسب ترتيبهم فى الميراث .

وعلى هذا فان وجد قريب من أي جهة من هذه الجهات ، وليس له مزاحم ، كان هو الولى الذى يتولى تزويج من تحت ولايته . وان تعدد الاقرباء وتزاحموا ، كان التفاضل بينهم باعتبار الجهة أولا ، فيقدم من كان من جهة البنوة ، ثم من كان من جهة الابوة ، ثم من كان من جهة الاخوة ، ثم من كان من جهة العمومة .

فان تساووا فى الجهة ، بأن كانوا جميعا من جهة الاخوة مثلا ، كان التفاضل بينهم بقرب الدرجة ، فالاخ مقدم على ابن الاخ ، وابن الاخ مقدم على ابن ابن الاخ ، ... وهكذا .

وان تساووا فى الجهة والدرجة ، كان التفاضل بينهم بقوة القرابة ، فان كانوا اخوة ، مثلا ، قدم الاخ الشقيق على الاخ لاب ، وان كانوا أعماما، قدم العم لابوين ، على العم لاب ... وهكذا .

---

(١) مرادنا من العصبة النسبية . العاصب بنفسه، وهو كل قريب ذكر لا تنفرد انثى بالتوسط بينه وبين قريبه .

وان تساوى الاولياء جهة ودرجة وقوة ، كأن كانوا جميعا اخوة أشقاء، أو اخوة لاب ، ثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة ، وأيهم تولى العقد وقع صحيحا ، ونفذ على الباقين ، دون أن يكون لاحدهم حق الاعتراض ، لان الولاية حق واحد ، لا يقبل التجزئة .

ثانيا ــ العصبة السببية : وهي التى تكون بسبب العتق . فالولاية عند عدم وجود عاصب نسبي ، تنتقل للمعتق ، ذكرا كان أو أنثى ، ثم لعصبة المعتق النسبية ، حسب الترتيب السابق .

ثالثا ــ الاقارب غير العصبات : وهؤلاء على الراجح من مذهب الحنفية ، مرتبون كما يلي :

(١) الاصول . وهم الام ، ثم أم الاب ، ثم أم الام .

(٢) الفروع . وهم البنت ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت . وبعد هؤلاء يأتي الجد لام .

(٣) فروع الابوين . وهم الاخت الشقيقة ، ثم الاخت لاب ، ثم الاخ والاخت لام على سواء .

(٤) فروع الجدين . وهم العمات مطلقا ، والاعمام لام ، ثم الاخوال والخالات ، ثم أولادهم ، مع مراعات الدرجة والقوة .

رابعا ــ مولى المولاة ، ان وجد (١) .

خامسا ــ الامام أو من ينوب عنه : لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي له » .

هؤلاء هم الاولياء ، وهذا هو ترتيبهم عند أبي حنيفة رضى الله عنه . وليس وراء هؤلاء من له ولاية التزويج ، ولو كان وصيا ، لان الوصى ولايته

---

(١) ذكرنا ضمن الاولياء ، مولى العتاقة ، ومولى الموالاة ، ومرادنا بيان حكم الشارع، بصرف النظر عن كون هذا اللون من الاولياء، موجودا الان أو غير موجود .

على المال لا على النفس «[١]» .

وذهب أبو يوسف ـ فى المشهور عنه «[٢]» ـ ومحمد بن الحسن ، الى أن الولاية ، تثبت للعصبات النسبية أولا ، ثم للعصبات السببية ، ثم للامام أو نائبه . وقد استدلا على هذا ، بقوله عليه الصلاة والسلام « الانكاح للعصبات » ومعناه ـ حيث لا عهد ـ جنس الانكاح ، مفوض الى جنس العصبات ، فلا يكون لغيرهم مدخل فى ولاية الزواج ، سوى الامام أو من يقوم مقامه عند عدم العاصب ، لقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من ولي له » .

وأيضا فان العصبات ، هم الذين يلحقهم عار الزواج أو فخاره ، فكانت ولاية الزواج لهم حتى يتحرزوا من نسب من لا يكافؤهم .

ولكن أبا حنيفة ـ رحمه الله ـ لاحظ فيما ذهب اليه من ولاية القريب غير العاصب ، أن الولاية يقصد من ورائها النظر فى مصلحة المولى عليه ، وهذا كما يتحقق من العاصب يتحقق من القريب غير العاصب ، لانه أمر يقوم على الشفقة ، وهي متوفرة فى الاقرباء على الاطلاق ، ومن ذا يقول ان الام لا تتوفر عندها الشفقة والحرص على مصلحة بنتها ؟ . أم من ذا يقول أن الامام أو القاضى ، الذى يشغل بالنظر فى مصالح العامة ، ولا تتوفر عنده البواعث التي تدعوه الى التحري فى تخير الكفء ، يقدم على الام ، أو الجدة ، أو العمة ، أو الخالة ؟.

لذا كان مذهب أبي حنيفة فى هذه المسألة ، أرجح من مذهب صاحبيه ، وكانت عليه الفتوى ، وبه العمل . ولا يعكر عليه حديث « الانكاح

---

(١) فى رواية عن أبي حنيفة أن الاب لو أوصى للوصي بزواج الصغير ، صح وثبتت له ولاية التزويج ايضا .

(٢) وغير المشهور عنه انه مع أبي حنيفة فى ان الولاية تثبت للاقرباء غير العصبة .

للعصبات » لانه محمول على ثبوت الحق لهم حال وجودهم ، وليس فيه ما يدل على أن الولاية لا تثبت لغيرهم .

٥ ـ انتقال الولاية عن الولي القريب الى البعيد : ـ

عرفنا فيما تقدم أن ولاية الزواج ، تثبت للولي الاقرب ، فالاقرب ، فليس للبعيد مع وجود القريب وصلاحيته حق فى الولاية . ولكن قد يوجد ما ينقل هذه الولاية عن الولي القريب ، الى الولي البعيد ، وذلك فى الحالات الآتيـــة :

(١) اذا وكل الولى القريب من هو أبعد منه ، كان للبعيد بمقتضى هذه الوكالة تزويج المولى عليه ، ولو مع وجود الولى القريب فى المجلس ، ومع هذا فالوكالة لا تزيل حق القريب فى الولاية . فله فسخ الوكالة ، وتولي العقد بنفسه .

(٢) اذا غاب الولى القريب أو اختفى بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء حضوره ، انتقلت الولاية الى البعيد ، ويكون عقده نافذا ، ولو حضر القريب بعد ذلك لا يلتفت لاعتراضه .

وذهب الشافعي ، الى أن الولاية تنتقل فى هذه الحالة ، الى القاضـى ، كما لو عضل الولي القريب . ولكن الحنفية يقولون : ان القاضى تنتقل اليه الولاية ، عند عدم الولى ، أو عند تحقق ظلمه ، والولى هنا موجود ، والظلم غير واقـع .

وقال الجعفرية : ان كان أولى الاولياء مفقودا ، أو غائبا غيبة منقطعة ، عـلى مسافة قريبة ، أو بعيدة ، وكلت ، وزوجت نفسها ، ولم يكن للسلطان تزويجها ، الا بوكالة منها (١) .

(٣) اذا عضل الولى القريب من تحت ولايته عن الزواج مـن الكفء وبمهر المثل ، انتقلت الولاية عنه الى الولى الا بعد ، وهو القاضى ، دون غيره

---

(١) مسـائل الخلاف جـ٢ ص ٦١ .

على الصحيح ، وذلك لان العضل ما دام بغير حق ، فهو ظلم يجب رفعه ، والقاضى ، دون غيره ، هو المكلف برفع المظالم عن الناس .

وقال الجعفرية : اذا عضل الاب أو الجد ، وامتنع من تزويج الصغيرة ، فليس لغيرهما من الاقارب ، أو الحاكم ، ولاية تزويجها ، ولو كان العضل لسبب غير مقبول ، فلو زوجها الحاكم ، والحالة هذه ، كان موقوفا على أجازتها بعد البلوغ .

هذا . وقد علمت أن الاهلية شرط فى تحقق الولاية وثبوتها ، وعلى هذا ، فالصغير ، والمجنون ليسا من أهل الولاية حتى يقال ، ان الولاية تنتقل الى البعيد بسبب صغر القريب ، أو جنونه ، لانها لم تثبت له بالمرة حتى تنتقل عنه الى غيره . نعم ان كان القريب مجنونا جنونا غير مطبق ، فلا تسلب عنه الولاية ، بل تنتظر افاقته ، ما دام الانتظار لا يفوت مصلحة تعود على من هو فى ولايته .

٦ ـ أنواع الولاية :

تتنوع ولاية الزواج بالنسبة للمولى عليهم الى ثلاثة أنواع ، وهي :

أولا ـ ولاية الاستحباب :ـ

وهي التي تخول لصاحبها حق تزويج المولى عليه ، بناء على اختياره ورغبته ، مع بقاء الحق للمولى عليه ، فى تزويج نفسه بنفسه دون الرجوع الى الولى فى ذلك .

وتثبت هذه الولاية ، على الحرة البالغة العاقلة ، بكرا كانت أو ثيبا ، عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وكذلك عند أبي يوسف ومحمد فى رواية عنهما . ودليلهم على هذا ، قوله عليه الصلاة والسلام « الايم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها ، واذنها صماتها » والمراد من الايم ، من لا زوج لها مطلقا ، وعلى فرض أن المراد من الايم ، الثيب ، كما صرح به فى رواية أخرى ، فقوله ، والبكر تستأمر لا يجعل للولي حقا معها .

قالوا : ولان المرأة ما دامت بالغة عاقلة ، فهي أهل للتصرفات ، وقد أبيح لها باتفاق التصرف فى مالها ، فأولى أن تتصرف فى نفسها ، لان هذا أمر يهمها أكثر من غيرها ، وما قد يكون من تساهل منها فى المهر أو الكفاءة ، متدارك بما أعطاه الشارع للاولياء ، من حق الاعتراض ، وطلب الفسخ .

وذهب الجعفرية ، الى أن الحرة البالغة العاقلة ، ان كانت ثيبا فليس لاحد عليها ولاية جبر ، بل تثبت استحبابا ، ولها أن تزوج نفسها بنفسها . وان كانت بكرا فالظاهر من الروايات — كما يقول أبو جعفر الطوسى (١) — ان للاب والجد أن يجبراها على النكاح ، ويستحب لهما أن يستأذناها . ومع غير الاب والجد ، هي أحق بنفسها . ويرى بعض الجعفرية ، أن البكر والثيب سواء ، فى أنه لا تثبت ولاية الجبر عليهما لاحد مطلقا «٢» .

ثانيا — ولاية الشركة :—

وهي التي تخول لصاحبها تزويج المولى عليه ، بشرط اشراكه معه فى الرأي والاختيار ، فلا يكون لاحدهما أن يستبد بالعقد دون موافقة الآخر ، فالولى والمولى عليه فى هذا الحق سواء .

وتثبت هذه الولاية ، على الحرة البالغة العاقلة الثيب ، عند الشافعية ، والمالكية ، والحنابلة ، وذهب محمد بن الحسن — فى المشهور عنه — وهو رواية عن أبي يوسف ، أن هذه الولاية ، تثبت على الحرة البالغة العاقلة ، بكرا كانت ، أو ثيبا . غير أن الشافعي ومن معه ، يرون أن الولي هو الذى يتولى العقد وحده ، بعد أن يتم رضا المولى عليها ، لان عقد الزواج عندهم ، لا يصح بعبارة المرأة مطلقا ، سواء أكانت تعقد لنفسها ، أم لغيرها . ومرجعهم فى هذا ، قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها » وقوله « لا نكاح الا بولي » — أما محمد وأبو يوسف

---

(١) مسائل الخلاف جـ٢ ص ٥٧ .
(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ٥٦ .

فيريان أن لكل من الولي والمرأة ، أن يتولى العقد بنفسه ، ما دام قد تحقق الرضا من الطرفين ، وهذا بناء على ما ثبت فى المذهب الحنفي من جواز عقد المرأة لنفسها ولغيرها (١) .

ثالثا — ولاية الاجبار :—

وهي التي تخول لصاحبها تزويج المولى عليه جبرا ، وبدون أن يكون له أى مدخل فى الرأي والاختيار .

وتثبت هذه الولاية على العبد (٢) والامة مطلقا ، وعلى الصغير والصغيرة ، والمجنون والمجنونة، والمعتوه، والمعتوهة، اتفاقا . وزاد الشافعية على ما تقدم المرأة العاقلة البالغة ان كانت بكرا «٣» ، فالبكارة عندهم شرط فى ثبوت ولاية الاجبار على البالغة العاقلة «٤» ، كما أنها شرط فى الولاية على الصغيرة أيضا . وعلى هذا ، فالثيب صغيرة أو كبيرة ، ليس عليها ولاية جبر عند الشافعية ، بل ولاية مشاركة كما تقدم . غير أنه لما كانت الصغيرة

---

(١) استدل الحنفية على جواز عقد المراة لنفسها بأن القرآن أسند النكاح الى المراة فى اكثر من آية ، كقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله « .. فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن » . وبالحديث المتقدم وهو « الايم أحق بنفسها .. الخ . واستدلوا على جواز عقد المراة لغيرها بما ثبت من ان عائشة زوجت حفصة بنت اخيها عبد الرحمن وهو غائب فلما حضر امضى الزواج .

(٢) الاظهر عند الشافعي انه لا يجبر السيد عبده على الزواج ويجبر امته ، وهو رواية عن ابي حنيفة

(٣) تعتبر المراة بكرا ان زالت بكارتها بتعنيس، او عارض كوثبة وجراحة ، وتعتبر ثيبا من زالت بكارتها بنكاح فاسد او وطىء بشبهة، ومن زالت بكارتها بزنى تعتبر بكرا عند ابي حنيفة وثيبا عند الجعفرية .

(٤) البالغة العاقلة، ان كانت بكرا اجبرها وليها عند المالكية، الا اذا رشدت فالصحيح انه لابد من رضاها واذنها مع بقاء الولاية عليها — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

لا يتصور منها مشاركة فى الرأي لعدم الاهلية ، فليس لاحد أن يزوجها ، ولو كان الاب ، أو الجد ، بل ينتظر الى البلوغ ، لتشارك الولي فى اختيار الزوج .

هذا . وتثبت ولاية الجبر ، عند الحنفية ، لاصناف الاولياء المتقدم ذكرهم على الخلاف المعروف بين الامام وصاحبيه .

وعند الجعفرية : تثبت ولاية الجبر ، على الصغير والمجنون جنونا غير طارىء للاب ، والجد لاب وان علا ، ثم لوصى أحدهما ، ثم للحاكم ، قالوا : وولي المجنونة فى النكاح ، أبوها دون ابنها عند الاجتماع ، وللجد أن يزوج الصغيرة مع حضور الاب وأهليته ، ولا يلتفت لاعتراضه ، وللحاكم أن يزوج من طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ، وليس ذلك للاب أو الجد أو الوصى .

وعند المالكية والحنابلة تثبت ولاية الجبر للاب أو وصيه «[1]» وعند الشافعية تثبت للاب والجد .

وبعد : فقد خرجنا من هذا البحث ، بأن الحنفية يرون أن المرأة البالغة العاقلة بكرا أو ثيبا — على الراجح من مذهبهم — لها أن تتولى العقدلنفسها، دون اذن وليها . والشافعية ومن معهم يرون أن البالغة العاقلة ، ما دامت بكرا ، فلا رأي لها فى الزواج مطلقا ، بل الرأي أولا وآخرا للولى ، ولا عبرة باعتراضها — وأدلة كل فريق على ما ذهب اليه يمكن مناقشتها بما لا تنهض بعده لاثبات المدعى .

وكلمة الانصاف ، أن الزواج ليس حق المرأة البالغة وحدها حتى تستبد به ، بل هو علاقات وروابط تنشأ بين أسرتين ، وتتوثق بين عائلتين ، ومن وراء ذلك يكون الاختلاط ويتم الاندماج . وأمر هذا شأنه عجيب الا يشارك فيه الاولياء وهم من أصحابه ، وأعجب منه ، أن يتم دبر آذانهم ، ورغم أنوفهم .

---

(١) اشترط الحنابلة فى ولاية الوصي أن يكون الاب قد عين الزوج .

والزواج، ليس حق الولى وحده، بل هو بالمرأة ألصق، وهي به أحق ، فهي التي ستعيش فى كنف زوجها، وتربط حياتها بحياته، فكيف يهمل رأيها ، وتساق سوق النعم ؟ •

الحق : أنه لابد من المشاركة فى الرأي ، ولابد من اجتماع ارادة المرأة وارادة أوليائها على اختيار الزوج، الذي سيكون لها ولهم، ومنها ومنهم •

والمتأمل فى الاحاديث الواردة فى هذا الموضوع لابد أن يخرج بهذه النتيجة، والمتخير من الفقه الاسلامي العام لابد أن يختار ما ذهب اليه محمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة، وأبو ثور من مجتهدي الشافعية • وهو أنه لابد فى الزواج من رضا المرأة ووليها، ومتى تحقق رضاهما فأيهما تولى العقد صح الزواج «١» •

٧ ـ أحكام تزويج الاولياء :ـ

تتنوع أحكام تزويج الاولياء تبعا لتنوع الاولياء، واليك البيان :

أولا ـ اذا كان الولي الاب أو الجد أو الابن «٢»، وكان معروفا بحسن التصرف، فعقده زواج من فى ولايته صحيح، نافذ، لازم، ولو كان بغير كفء، وبأقل من مهر المثل بالنسبة للزوجة، أو بزيادة فاحشة فى المهر بالنسبة للزوج • وهذا رأي أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون العقد لازما ان كان الزواج من غير كفء ، أو بغبن فاحش (٣) فى المهر ، لان الولاية مقيدة بشرط النظر لمصلحة المولى عليه، فان فات الشرط ،فات كون العقد لازما • وملحظ أبي حنيفة، أن الاب، والجد، والابن، يتوفر لديهم الشفقة على من تحت ولايتهم فان تساهلوا فى الكفاءة، أو المهر، فلابد أن يكون لهم من وراء

---

(١) انظر الاحوال الشخصية للاستاذ ابي زهرة ص ١٢٤ـ١٢٥ ، والاحوال الشخصية للاستاذ عمر عبد الله ص ١٥٥ ـ ١٥٦ .

(٢) ولاية الابن تكون على امه او ابيه المجنونين أو المعتوهين .

(٣) الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ما لايدخل تحت تقويم المقومين .

ذلك غرض أسمى من الكفاءة أو المهر، ككون الزوج أسخى نفقة، أو أحسن صحبة، أو اوفر عفة، ومذهب الجعفرية فى هذه الحالة كمذهب أبي حنيفة .

ثانيا : اذا كان الولي الاب، أو الجد، أو الابن، وكان معروفا بسوء التصرف والاختيار، فان كان قد زوج من فى ولايته بكفء وبمهر المثل ، كان العقد نافذا ولازما، وان كان بغير كفء، أو بغبن فاحش فى المهر، كان العقد غير صحيح، لان مصلحة المولى عليه فى هذه الحالة غير محققة، لفساد الرأي ، وتحقق الضرر .

ومذهب الجعفرية فى هذه الحالة، أن العقد موقوف على اجازة المولى عليه ، بعد تحقق أهليته، سواء أكان بكفء وبمهر المثل، أم كان بغير كفء وبغير مهر المثل .

ثالثا : اذا كان الولى غيرالاب، والجد، والابن، ولو كانالام، أو القاضي فان كان الزواج من غير كفء، وبغبن فاحش فى المهر، فالعقد غير صحيح ، لتحقق الضرر، مع عدم وجود الشفقة، والحرص على مصلحة المولى عليه ، كما هو الشأن فى الاب أو الجد مثلا — وان كان بكفء وبمهر المثل، فالعقد صحيح موقوف على اجازة المولى عليه، بعد تحقق أهليته، فان شاء أمضاه ، وان شاء أبطله حسب ما يراه فى صالحه — وقال أبو يوسف يكون العقد لازما كعقد الاب والجد . والرأي الاول هو المعتمد، لما صح من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة، وقال لها الخيار اذا بلغت، والتزويج كان بالعصوبة لا بالنبوة .

وقال الجعفرية اذا كان المزوج غير الاب والجد كان موقوفا على الاجازة بعد البلوغ، ولو كان بكفء وبمهر المثل . وفى الوصى والقاضي الجامع للشرائط قولان .

هذا : ولا يجوز للحاكم أن يزوج من لا ولي لها من نفسه ولا من أحد اصوله، أو فروعه . وقال الجعفرية : يجوز للحاكم، أن يزوج من لا ولي لها

من أصوله وفروعه اذا راعى المصلحة . قالوا ولا يبعد صحة تزويجها من نفسه اذا كان أصلح لها .

رابعا : اذا كان الولي سيد العبد أو الامة، فولاية تزويجهما محض حقه فان زوج العبد، كان الزواج صحيحا لازما، فلا حق له فى فسخه بعد عتقه . وان زوج الامة، كان غير لازم، فلها بعد عتقها حق الفسخ .

وانما قلنا بلزوم العقد بالنسبة للعبد دون الامة ، لان الضرر ان كان موجودا فرفعه بالنسبة للعبد يكون بالطلاق الذي يملكه . والامة لا تملك حق الطلاق فكان الفسخ متعينا لرفع الضرر .

٨ ــ متى يسقط خيار المولى عليه ؟ : ــ

خيارا لفسخ يتنوع تبعا لاختلاف حال المولى عليه، الى خيار بلوغ ، وخيار افاقة، وخيار عتق . وهو فى كل هذا ، يثبت لا على جهة الدوام، بل يسقط لاعتبارات مختلفة، اليك بيانها :

أولا ــ خيار البلوغ : ــ

وهو الحق الذي يثبت للصغير والصغيرة اذا بلغا، وكان قد زوجهما غير الاب والجد مثلا .

ويسقط هذا الحق (بالنسبة للرجل والمرأة الثيب) بكل ما يدل على الرضا من قول، كطلب الزفاف، أو فعل كتسليم النفقة وتسلمها ــ ولا يبطل خيارهما بعد البلوغ بالسكوت المجرد عن امارة الرضا، لان سكوتهما لا يعتبر رضا بالعقد ابتداء، فكذا بقاء، وعلى هذا فالخيار باق فى المجلس وبعده .

أما البكر، فان كانت تعلم بالزواج، وسكتت، ولم تطلب فسخ العقد فور بلوغها، كان ذلك رضا منها، وليس لها بعد ذلك خيار، لان سكوت البكر يعتبر رضا منها ابتداء وبقاء . أما اذا كانت لاتعلم بالزواج، ومضت مدة ولو طويلة بعد بلوغها، فهذا لا يبطل اختيارها، ما دامت لا تعلم بالزواج، فان علمت بعد ذلك وسكتت فور علمها بطل حقها أيضا ــ وان كانت تجهل أن لها حق الفسخ فسكتت ثم علمت أن لها حق الفسخ فليس لها بعد سكوتها أن تطلب

الفسخ، لان المسلم لا يعذر بالجهل فى دار الاسلام .

ويرى الجعفرية أن سكوت الرجل والمرأة ثيبا أو بكرا فور البلوغ والعلم بالزواج يبطل الخيار . ويعذر هؤلاء بجهلهم بالخيار وفوريته .

ثانيا ــ خيــار الافاقــة : ــ

وهو الحق الذي يثبت للكبير المجنون، أو المعتوه، أو الكبيرة المجنونة ، أو المعتوهة اذا زال الجنون أو العته .

ويسقط هذا الحق (بالنسبة للرجل، والمرأة الثيب) بما يدل على الرضا قولا أو فعلا . وبالسكوت فور الافاقة والعلم بالزواج بالنسبة للمرأة البكر ، كما تقدم فى خيــار البلوغ .

ثالثا ــ خيار العتق : ــ

وهو الحق الذي يثبت للامة اذا أعتقها سيدها، فلها بعد العتق أن تقر الزواج السابق أو تفسخه . وخيارها يمتد الى آخر مجلس العتق، ان كانت تعلم بالزواج، والى آخر مجلس العلم، ان كانت لا تعلم ــ كما أنها تعذر ان كانت تجهل حقها فى الخيار، لانها كانت مشغولة بخدمة سيدها عن تقصى مالها مــن حقــوق شرعية .

ويجب أن يلاحظ هنا أن المعتقة ان أرادت الفسخ أوقعته بدون رجــوع الى القاضي . أما حق الفسخ الثابت بخيــار البلوغ أو الافاقة ، فلابد مــن الرجوع فيه الى القاضي، ليحكم هو بالفسخ «[١]» ــ وقال الجعفرية لا يرجع الى القاضي فى شيء من ذلك كله .

---

(١) سبب التفرقة : أن الفسخ فى خيار البلوغ او الافاقة لدفع ضرر خفي ، للانكار فيه مجال، فيحتاج الى القضاء للالزام فى حق الآخر . أما الفسخ فى خيار العتق، فلدفع ضرر جلى لا مجال لانكاره وهو زيادة الملك على المراة حيث أصبح الزوج يملك عليها بعد عتقها ثلاث طلقات . وكان يملك مــن قبل طلقتين فقط ، فاعتبر الفسخ دفعا للضرر، والدفع لا يحتاج الى القضاء . انظر الهداية والعناية جـ٢ ص ٤٠٨ ــ ٤٠٩ .

الفصل السادس

« في : الوكالة بالزواج »

(١) عقد الزواج يقبل الانابة (٢) هل للوكيل أن يوكل غيره ؟ (٣) حقوق الزواج لا تلزم الوكيل (٤) أحكام تصرفات الوكيل •

١ ـ عقد الزواج يقبل الانابة : ـ

الوكالة بمعناها العام : هي اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى التصرف الجائز المعلوم • ومن الامور المقررة شرعا، أن كل من يملك حق التصرف فى شيء فله أن يوكل به غيره •

وعقد الزواج من العقود التي يملكها الحر، البالغ، العاقل لنفسه بالاصالة، ولغيره بالولاية، فللاصيل والولي أن يوكلا غيرهما فى اجراء عقد الزواج، لانهما يملكان هذا الحق، فلهما أن يملكاه غيرهما •

أما ان كان الشخص مملوكا، أو صغيرا، أو مجنونا، أو معتوها فليس له أن يوكل غيره بتزويجه، لانه لا يملك تزويج نفسه، فكيف يملكه غيره ؟ وفاقد الشيء لا يعطيه •

والتوكيل يكون مشافهة، وكتابة، ولايشترط لصحته الاشهاد عليه، ولكن يستحسن الاشهاد خشية الجحود •

٢ ـ هل للوكيل أن يوكل غيره ؟ : ـ

ليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره به، لان الموكل رضى رأيه لا رأي غيره • فان أذن الموكل للوكيل فى أن يوكل عنه شخصا بعينه، فليس له أن يتعداه الى غيره • وان أذن له فى توكيل من يشاء، أو قال له فوضت اليك أمر زواجي، فله أن يوكل من يشاء •

٣ ـ حقوق الزواج لا تلزم الوكيل : ـ

الوكيل بالزواج معبر وسفير فقط، فاذا أجرى العقد فقد انتهت مهمته ، ولا يطالب بعد ذلك بشيء من حقوق العقد كتسليم المهر ان كان وكيلا عن الزوج، أو ادخال الزوجة فى طاعة الزوج ان كان وكيلا عن الزوجة، وانما يطالب الزوج بما يرجع اليه، وتطالب الزوجة بما يرجع اليها .

ولكن قد يحدث أن يلتزم الوكيل بشيء من هذه الحقوق، كالتزام وكيل الزوج بتسليم المهر للزوجة، فحينئذ تتوجه اليه المطالبة، بمقتضى التزامه ، لا بمقتضى وكالته «[١]» .

٤ ـ أحكام تصرفات الوكيل : ـ

القاعدة العامة التي تبنى عليها أحكام تصرفات الوكيل، أن كل تصرف للوكيل فى حدود وكالته نافذ على الموكل ما لم يكن متهما فى تصرفه، فان خالف فيما وكل به، أو كان متهما فى تصرفه، كان العقد موقوفا على اجازة الموكل، لان الوكيل يعتبر حينئذ فضوليا ـ وبناءً على هذه القاعدة تقول :

الوكالة، أما ان تكون مطلقة، واما أن تكون مقيدة، والموكل فى الحالتين اما أن يكون الرجل، واما أن يكون المرأة، فان كان الموكل الرجل، وكانت الوكالة مطلقة، دون تحديد لمهر، أو تعيين لامرأة بذاتها، أو لصفة بعينها، كأن قال له زوجني، أو زوجني امرأة، أو زوجني من شئت، فزوجه امرأة، بزيادة فاحشة عن مهر مثلها، أو زوجه امرأة بها عيب ـ أي عيب كان ـ صح الزواج، ولزم الموكل عند أبى حنيفة والجعفرية، لان التوكيل مطلق، فيبقى على اطلاقه، لا يخرج عنه الا ما كان خارجا بحكم الشرع كالمحارم، لان خلو المرأة من الموانع الشرعية، قيد ملحوظ للموكل، وان لم يصرح به . وكذا يخرج عن التوكيل المطلق كل من يكون فى زواجها من الموكل تهمة تعود على الوكيل ،

---

(١) سبق أن وضحنا هذه المسألة وبينا الفرق بين الزواج وغيره من العقود .

كما لو زوجه من فى ولايته «١»، أو كان الوكيل امرأة فزوجت الموكل نفسها . وفى حالة قيام التهمة يكون الزواج موقوفا على اجازة الموكل ان شاء أمضاه ، وان شاء أبطله .

وقال أبو يوسف، ومحمد، رضى الله عنهما، لا يجوز للوكيل — رغم الاطلاق — أن يزوج الموكل الا من امرأة سليمة تكافئه، وبمهر المثل، لان العرف يقيد الاطلاق . والعرف يقضي أن يراعى الوكيل سلامة الزوجة ، وكفاءتها لمن وكله، كما يقضي أن يراعى مهر المثل، فلا يزيد عليه زيادة فاحشة . والمعروف عرفا، كالمشروط شرطا — وعلى هذا، فان خالف الوكيل العرف ، كان الزواج موقوفا على اجازة الموكل . وهذا الرأي الاخير هو الراجح ، وعليه العمل .

أما اذا وكل الرجل غيره بالزواج، وقيده بامرأة معينة، فزوجه غيرها ، أو بصفة بعينها، كأن قال له زوجني بكرا ، فزوجه ثيبا، أو حدد له المهر فقال له زوجني بمهر قدره مائة، فزوجه بمهر قدره مائتان «٢»، كان الزواج موقوفا على اجازة الموكل باتفاق، لانه مع المخالفة يكون فضوليا فى تصرفاته .

ولو قيد الموكل الوكيل بزوجة واحدة، فزوجه من اثنتين فى عقد واحد ، كان الزواج موقوفا على اجازته بالنسبة لهما معا . وان عقد له على واحدة ، ثم على اخرى، نفذ العقد بالنسبة للاولى، وتوقف على الاجازة بالنسبة للثانية .

وأما ان كان الموكل المرأة، وكان التوكيل مطلقا عن كل قيد، فلم تعين مهرا، ولا زوجا، ولا وصفا، فزوجها برجل به عيب — أي عيب كان — أو

---

(١) ولو زوجه بواحدة من اصوله، أو فروعه غير المشمولين بولايته لا يقع نافذا عند ابي حنيفة للتهمة، ولو مع تحقق الكفاءة، ومهر المثل . وقال ابو يوسف ومحمد لا موضع للتهمة مع تحقق الكفاءة ومهر المثل .

(٢) لو التزم الوكيل بدفع الزيادة فى المهر، كان الزواج موقوفا ايضا ، لان ذوي المروءات لا يرضون بمنة الغير ، وخاصة فى مهر الزواج .

زوجها بأقل من مهر المثل، صح الزواج وكان نافذا عند أبي حنيفة، وموقوفا على اجازتها عند الصاحبين والجعفرية .

ولكن يجب أن يخرج عن التوكيل المطلق باتفاق ما كان خارجا بحكم الشرع كالمحارم، وما كان فيه تهمة، كتزويجها من نفسه، أو ممن تحت ولايته.

وقال الجعفرية لو زوجها من أبيه أو من ابنه صح ان كان المتبادر من اللفظ يعم أباه وولده، ويخرج ايضا باتفاق تزويجها من غير كفء، ان كان لها قريب عاصب، لان الكفاءة فى هذه الحالة شرط فى صحة العقد على المفتى به ، فكانت قيدا ملحوظا وان لم يصرح به . فان زوجها من غير كفء فسد العقد من أول الامر، ولا يتوقف على اجازة المرأة، أو وليها، لان الفاسد لا تلحقه الاجازة، وانما تلحق الاجازة الصحيح الموقوف . نعم ان لم يكن لها ولي عاصب صح الزواج موقوفا على اجازتها، لان الكفاءة ملحوظة لها على أية حال .

وأما ان كانت قد وكلته بالزواج توكيلا مقيدا، كأن ذكرت رجلا بعينه، أو وصفا بعينه، أو مهرا بعينه، فلا يجوز له المخالفة، فان خالف كان موقوفا على اجازتها . ما لم تكن المخالفة فى صالح المرأة .

ويلاحظ أنه لابد من مراعاة الكفاءة، فى حالة تعيين الزوج، أو تحديد المهر ان كان لها قريب عاصب ، لان له حقا في ذلك .

الفصل السابع

« في : الكفاءة بين الزوجين »

(١) معنى الكفاءة (٢) موقف التشريع الاسلامي منها (٣) الصفات المعتبرة

فيها (٤) الجانب الذي تشترط فيه (٥) الوقت الذي تشترط فيه (٦) صاحب الحق فـي الكفـاءة •

١ ــ معنـى الكفـاءة :ــ

الكفاءة لغة : المساواة ــ وشرعا : كون الزوج مساويا للزوجة ، أو أعلى منها فى امور مخصوصة •

٢ ــ موقف التشريع الاسلامي مـن الكفاءة :ــ

لابد قبل الكلام عن مذاهب الفقهاء فى الكفاءة أن تقدم بين يدي البحث ما ندفع به دعـوى المغرضين الذين يريدون اظهار الاسلام بأنه يدعو الـى الطائفية ، ويقوم على أساس من المادية والعصبية، فنقول :

أولا ــ التشريع الاسلامي لا يعرف نظام الطبقات، ولا يقوم على أساس مـن الفوارق بين من ينتمون اليه، فالناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربـي على عجمي الا بالتقـوى •

والتقوى هي مقياس الرجال عند الله، وما وراء ذلك فدنيا الناس، والدنيا لا تزن عند الله جنـاح بعوضة •

والاسلام الذي لا ينظر الى صاحب الغنى لغناه، ولا الى صاحب الجاه لما له من جاه، سوى فى الحقوق والواجبات العامة، بين الغني والفقير، والعظيم والحقير، والسوقة والامير ••• بل وأعطى الذمى غير المسلم ما أعطى المسلمين من حقوق، وأوجب عليه ما أوجب عليهم « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » •

ولكن ليس معنى ذلك أن الناس لابد أن يكونوا على درجة سواء مـن الغنـى والجاه والعلم، فذلك معاندة لناموس الكون، وخروج عـلى قانون الحيـاة • فالتفاوت بين الناس فى حظوظ الدنيا أمر لابد منه حتى يسـتقر الكون، وتنتظم حركة العالم، والا فمن يقوم بصغائر الاعمال ان كان الناس جميعـا فى درجـة واحدة ؟ • والله الذي خلق العالم وأبدعه، ونظم التعاون بين أفراده، صـرح بأنه فاضل بين الناس فى متع الحياة ونعيمها، فقال « والله

فضل بعضكم على بعض فى الرزق » بل وصرح بأنه فاضل بين الرسل، ولاعيب ولا نقص، فقال « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » وبين وهو الحكيم الخبير، أن التفاضل سنة الكون وطبيعة الحياة، فقال « نحن قسمنا بينهم معيشتهم فى الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمة ربك خير مما يجمعون » .

ثانيا — ان الكفاءة بين الزوجين ليست أمرا مجمعا عليه من فقهاء المسلمين، بل فيهم من لا يقول بها، ولا يراها شرطا فى الزواج، ما دام المسلمون فى نظر الاسلام سواسية، ومن هؤلاء أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الجصاص من فقهاء الحنفية .

ويرى مالك رضى الله عنه — وهو قول للامام أحمد — أن الكفاءة لا تشترط الا فى التدين والتقوى، وما سوى ذلك فهدر فى نظر الاسلام ، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول « اذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه ، الا تفعلوه تكن فتنة فى الارض وفساد كبير » .

وهذا ابن حزم الظاهري، يذهب الى ماهو أبعد من ذلك، فيصرح « ان أهل الاسلام كلهم اخوة، لا يحرم على ابن زنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي، والفاسق الذي بلغ غاية الفسق — ما لم يكن زانيا — كفء للمسلمة الفاضلة » ومَن مِنَ الفقهاء اشترط الكفاءة فى الزواج، وجعلها فى امور وراء الاسلام والتدين، كالنسب، والمال، والحرفة ... لم يقل ان الكفاءة حق الله فلابد منه، وانما قال هي حق الزوجة والاولياء على سبيل التخيير، فان أسقطوا حقهم ، ورضوا بغير الكفء فلا بأس، وان تمسكوا بحقهم فى الكفاءة لمصلحة يقدرونها فلا بأس .

والحق : ان من يعطي الزوجة وأولياءها الحق فى التمسك بالكفاءة والمساواة فى النسب، والمال، وما وراء ذلك، ينظر الى غاية سامية وهدف مرموق .

وذلك أن عقدة النكاح تتم على أساس الارتباط الدائم ، فلا بد للزوجية الصالحة مـن التوافق فى الطبـع، والتلائم فى الوضع ، والتشابه فى المركز الاجتماعي ، والتقارب فى المستوى الثقـافى ، حتى نضمن للزوجين حيـاة مستقرة هادئة، ملؤها الود والاخلاص ، وقوامها الاحترام والتقدير •

أما ان كان الزوج دون الزوجة حالا ، وأقل مالا، وأحط نسبا، وأدنـى ثقافة وعلما ، فهيهات أن يكون هناك وئام وانسجام ، وهيهات أن يمضى يوم بدون شقاق وخصـام، وهيهات أن يرفع الرجل أمام المرأة رأسـا، أو يظهر ــ وهو القوام عليها ــ حمية وبأسا، وبذلك تسوء الحال، ويكون أمر الزوجية حتما الـى زوال !! ••

٣ ــ الصفات المعتبرة فى الكفاءة :ــ

ذهب الحنفية الى أن الكفاءة معتبرة فيما يلي : ــ

(١) النسب ــ وهو معتبر فى الكفاءة بالنسبة للعرب دون غيرهم «(١)» ، لان العرب يتفاخرون بأنسابهم، ولها عندهم أهمية تفوق كل ما سواها مـن مفاخر • والعرب بعضهم أكفاء بعض ، وقريش كفء لكل العرب، وليس غير القرشي كفئا لقرشية • والمقرر فى المذهب الحنفي ما ذهب اليه أبو يوسف من أن العالم (بشرط عمله بعلمه) ولو أعجميا كفء للقرشية وغيرها من العرب ، لان شرف العلم فوق كل نسـب •

(٢) الاسلام ــ والمراد السبق اليه، والاقدمية فيه، وهو خاص بغـير العرب، لانهم يتفاخرون فيما بينهم بأسبقيتهم الى الاسلام ــ وينبني على هذا أن غير العربي الذي أسلم حديثا ليس كفئا لمن لها أبوان فى الاسلام • ومن له أبوان فى الاسلام كفء لمن لها آباء فى الاسلام، لان تمام تعريف الانسان بأبيه

---

(١) ما ذهب اليه الحنفية من أن النسب معتبر فى العرب وحدهم ، يخالف واقع الحال ، لان غير العرب يفخرون بانسابهم ايضا، لذا كان قول الشافعي بأن الكفاءة فى النسب معتبرة فى غير العرب كالعرب أولى بالاختيار .

وجده . وما وراء ذلك لا يلتفت اليه — وقال أبو يوسف : من له أب واحد في الاسلام كفء لمن لها آباء في الاسلام، لان تعريف الانسان يكفي فيه الاب وحـــده .

(٣) الحرية — وهي ايضا معتبرة في غير العرب، فالعبد ليس كفئا للحرة، والحر ابن العبد ليس كفئا للحرة بنت الحر . ومن له أب حر ليس كفئا لمن لها أبوان حران ، ومن له أبوان حران كفء لمن لها آباء أحرار . وقال أبو يوسف من له أب حر كفء لمن لها آباء احرار .

(٤) الديانة — والمراد بهـا التقوى والصلاح، وهي معتبرة في الكفاءة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فالفاسق ليس كفئا لصالحة عرفت وعرف أهلها بالتدين والاستقامة . وقال محمد : الفاسق كفء للصالحة من بيت صالح ، لان الفسق والصلاح من امور الآخرة فلا تبني عليه أحكام الدنيا واستثنى من هذا من يجاهر بفسقه حتى صار سخرية الناس «[١]» .

(٥) المـال — والمراد من الكفاءة فيه على الراجح من مذهب الحنفيـة هو قدرة الزوج على معجل المهر، وقدرته على نفقة شهر ان كان مـن غـير أصحاب المكاسب، أو نفقة يوم بيوم ان كانت له حرفة يتكسب منها . فمن هذه حالة كفء لذات اليسار والمال الكثير .

وقيل يكفي في الكفاءة قدرته على النفقـة فقط، أما المهر فقد يتساهل فيه، وقد يتحمله عنه أبوه، أو قريب آخر .

وقيل لابد في الكفاءة من تساوي الرجل والمرأة، أو تقاربهما في الغنى واليسار ، ولا يلتفت لهذا القول، لان المال غادٍ ورائح .

(٦) الحرفة — يرى أبو حنيفة أنها لا تعتبر أصلا، لانها ليست بلازمة ، فيمكن التحول مـن حرفة دنيئـة الى اخرى شريفة . واعتبرها أبو يوسف

---

(١) اختلفت الكتب في نسبة الاقوال في هذه المسألة الى ائمة المذهب، وقد اخترنا ما ذكره وصححه صاحب الهداية، انظر جـ٢ ص ٤٢٢ — ٤٢٣ مـن فتح القدير عـلى الهدايـة .

(فى المشهور عنه) ومحمد بن الحسن . وعليه فصاحب الحرفة الدنيئة ليس كفئا لبنت صاحب الحرفة الشريفة . والعرف محكم فى ذلك .

والكفاءة عند الشافعية معتبرة فيما يلي :

(١) التدين (٢) النسب (٣) الحرية (٤) الحرفـة (٥) الخلو من العيوب ــ وزاد بعضهم اليسار ، وبعضهم السن .

وعند المالكية الكفاءة فى التدين فقط، وكذلك الحنابلة فى رواية ، وفى رواية زيادة الحرفـة .

وذهب الجعفرية الى أن الكفاءة معتبرة فى شيئين ــ احدهما : الايمان ، والآخر امكان القيام بالنفقة ، وعلى هذا يجوز للعجمى أن يتزوج بعربية ، وبقرشية هاشمية ، اذا كان من أهل الدين وعنده اليسار ، ويجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة ، وتركه أفضل ، ويجوز لصاحب الحرفة الدنيئة التزوج من أهل الحرف الشريفة لتحقق الكفاءة فى كل ذلك (١) .

٤ ــ الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة :ــ

الاصل فى الكفاءة أن تشترط فى جانب الزوج ، أما الزوجة فلا يلتفت الى جانبها من ناحية كفاءتها للزوج وعدم كفاءتهـا ، فللشـريف أن يتزوج الخسيسة ، وللغنى أن يتزوج الفقيرة ... وهكذا لان النصوص الواردة فى اشتراط الكفاءة تتجه كلها الى جانب الرجل وحده (٢) .

وانما كانت الكفاءة معتبرة فى جانب الرجل دون المرأة لامور :

---

(١) انظر مسائل الخلاف للطوسي جـ٢ ص ٦٠،٦١ فقد حصر الكفاءة فـي الايمان والقدرة على النفقة، ويظهر انه يعتبر الحرية ايضا حيث يقول بعد الحصر المتقدم (يجوز العبد أن يتزوج بحرة وليس بكفء لها، وانظر الاحكام الجعفرية للشيخ عبد الكريم الحلى ص ١٦ حيث صرح بأن الكفاءة معتبرة فى النسب ، والاسلام، والمال، والحرفة . ولكن اقتصرنا على ما ذكره شيخ الطائفة ابو جعفر الطوسي فهو حجة فى المذهب الجعفري .

(٢) كحديث (الا لا يزوج النساء الا الاولياء ، ولا يزوجن الا من الاكفاء) .

أولا ـ لان الرجل قوام على المرأة ، وهو صاحب السلطة الشرعية عليها ، فلا بد من مساواته لها على الاقل حتى تتقبل بيسر وسهولة توجيهه وتكليفه . أما ان كان دونها منزلة فقد تطمع فيه ، وتستهين بأوامره ، وتستخف برأيه ، لان الغالب أن الاعلى لا يقبل توجيها من الادنى ويستنكف أن ينقاد لاوامره .

ثانيا ـ يتقبل عرف الناس زواج الاعلى من امرأة دونه ، لان صاحب المكانة يرفع زوجته الى مكانته ، فلا يعير بها ، ولا تلحقه خسيسة بسببها . أما الزوجة ذات المكانة فهيهات أن ترفع خسيسة زوجها ، فهوعلى حاله ، وعار الاقتران به لاحق الزوجة وأهلها لا محالة .

ثالثا ـ الرجل يملك طلاق زوجته ، فان تحقق ضررا بسبب عدم كفاءتها له تخلص منها بالطلاق . أما المرأة فلا تملك طلاقا فان تحققت ضررا بسبب عدم كفاءته لها فكيف لها الخلاص ؟

هذا . وتعتبر الكفاءة من جانب الزوجة ـ استثناء من الاصل العام ـ فى حالتين :

الاولى : اذا كان الزوج فاقد الاهلية أو ناقصا وزوجه غير الاب والجد والابن ، أو زوجه واحد من هؤلاء وهو لا يحسن التصرف والاختيار ، فانه يشترط لصحة الزواج أن تكون الزوجة كفئا لزوجها مراعاة لصالحه لان الولى لا يملك من التصرف الا ما فيه صالح المولى عليه .

الثانية ـ اذا وكل الرجل من يزوجه وأطلق الوكالة فلا بد (على المفتى به) من مراعاة كفاءة الزوجة لموكله حتى ينفذ العقد لان الكفاءة ـ كما تقدم ـ شرط ملحوظ فى الوكالة عند اطلاقها .

٥ ـ الوقت الذي تشترط فيه الكفاءة :ـ

يشترط تحقق الكفاءة وقت انشاء العقد فقط ، وبعد ذلك لا يشترط بقاؤها ، فان تغير حال الزوج من غنى الى فقر ، أو من صلاح الى فساد ، أو

من حرفة محترمةالى أخرى دونها ، فليس للزوجة ولا لاوليائها طلب الفسخ ، لان الحال لا يدوم ، والصبر على تقلبات الايام وحكم القدر ، أليق بسجية الوفاء ، ولو كان تبدل الحال مبررا لفسخ الرابطة الزوجية لكان فى ذلك تعريض كيان كثير من الاسر الى التفكك والتفرق بعد اجتماع الشمل .

٦ ـ من صاحب الحق فى الكفاءة ؟.

ليس لله حق فى الكفاءة كما بينا ، وانما هي حق الزوجة وحدها عند الجعفرية . وحق الزوجة والاولياء من العصبة عند غيرهم لما يلحقهم من عار الزواج وفخاره .

وقد يحدث أن يكون للمرأة ولي واحد فحينئذ يكون الحق لها ولوليها فان أسقطت حقها ورضيت بغير الكفء بقى حق الولى وكان له طلب الفسخ من القاضى لعدم الكفاءة . وان أسقط الولى حقه بقى حق المرأة وكان لها طلب الفسخ أيضا . وان أسقطاه معا صراحة أو ضمنا كأن قصرا فى السؤال عن الزوج وبعد العقد اتضح عدم كفاءته ، فلا حق لهما بعد ذلك فى طلب الفسخ .

وان كان للزوجة أولياء متساون ، فالحق لها ولهم على سواء ، فان أسقطت حقها بقي حقهم ، ولكل منهم طلب الفسخ . وان أسقطوا حقهم بقى حقها ،وكان لها طلب الفسخ أيضا .

ولكن قد يحدث عند تعدد الاولياء واستوائهم أن يسقط أحدهم حقه، فهل يسري ذلك على الباقين ؟

قال أبو يوسف لا يسري عليهم لان الكفاءة حق مشترك يثبت لكل واحد منهم على الكمال ، وقاس هذا على الدين يكون لجماعة على رجل فاسقاط أحد الدائنين حقه فى الدين لا يسقط حق الباقين باتفاق فكذا هذا .

وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أن اسقاط أحد الاولياء حقه يسري على الباقين فلا يكون لاحدهم حق الاعتراض ، لان حق الكفاءة لا يقبل التجزئة ،

فصار كحق أولياء الدم فى القصاص يثبت لهم جميعا ، ويسقط بعفو واحد منهم • أما القياس على الدين فقياس مع الفارق لان الدين يقبل التجزئة •

والذي نرجحه هو مذهب أبي حنيفة ومحمد ، لوضوح الدليل ، ولان تعدد الآراء بتعدد الاولياء ، واختلافها ما بين رفض وقبول يفسد على المرأة أمر زواجها ، اذ قلما تجتمع الارادات على غرض واحد •

هذا • وقد عرفت — من قبل — أنه بعد ولادة المرأة ، أو ظهور الحمل عليها ، لا يلتفت الى اعتراض معترض ما ، محافظة على الولد وابقاء عليه • وعرفت أيضا أن من غرر بامرأة أو بأوليائها فادعى كفاءة فتم العقد بناء على دعواه ، ثم ظهر كذبه ، كان لها ولهم حق الفسخ لانهم ما قبلوه زوجا الا على فرض صدقه فيما ادعى من كفاءة •

الفصل الثامن

« فى : زواج المسلمين من غير المسلمين »

(١) زواج المسلم من الكتابية (٢) زواج المسلم ممن لا تدين بدين سماوي (٣) زواج المسلمة من غير المسلم (٤) حكمة الحل والحرمة (٥) اجراءات العقد على الكتابية •

١ — زواج المسلم من الكتابية :—

يجوز للمسلم أن يتزوج من الكتابية ، ومرادنا بالكتابية كل من تؤمن بنبي • ولها دين سماوي ، من غير المسلمين كاليهودية والمسيحية • ويستوي فى الحل الحربية ، والمستأمنة ، والذمية (١) الا أنه يكره الزواج من الحربية

---

(١) الحربية المقيمة فى دار الحرب، والمستأمنة من دخلت دار الاسلام بأمان، والذمية المقيمة فى دار الاسلام تدفع الجزية .

لما قد يترتب على ذلك من شدة التعلق بها فينتقل معها الى دار الحرب .

والدليل على جواز نكاح الكتابيات ، قوله تعالى « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن ... » «[١]» .

وذهب الجعفرية الى أنه لا يجوز نكح الكتابية الا نكاح متعة. وبعض أصحاب الحديث من الجعفرية أجازوا نكاح الدوام من الكتابيات .

وحجة المانعين قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وهو يتناول اليهود والنصارى فى رأيهم ، وقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

قالوا والآية التى أباحت نكاح الكتابيات منسوخة بما تقدم ، أومحمولة على نكاح المتعة «[٢]» .

هذا ولا فرق بين زواج المسلم من المسلمة ، وزواجه من الكتابية ، الا فى مسألتين :

الاولى : أنه يشترط الاسلام فى شهود العقد عند زواج المسلم من المسلمة ، أما عند زواجه من الكتابية فيجوز شهادة كتابيين ولو كانا على غير دين الزوجة ، كأن يكونا يهوديين وهي مسيحية . وذلك على المشهور من مذهب الحنفية .

أما فى الشهادة لاثبات الزوجية عند القاضى فلا تقبل شهادة أهل دينها لها وتقبل عليها .

الثانية : أن التوارث يكون بين الزوجين المسلمين ، ولا توارث بين

---

(١) الاولى عدم الزواج من الكتابيات الا لمصلحة، لانه يخشى على اولادها أن يقلدوها ويتأثروا بها فى عقيدتهم، وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ينهي عن الزواج من الكتابيات .

(٢) مسائل الخلاف جـ٢ ص ٦٧ . وانظر الاستبصار جـ٣ ص ١٧٨ وما بعدها .

المسلم والكتابية ، لان اختلاف الدين من موانع الارث «[١]» •

وينبغي ملاحظة ما يأتي :

(١) للرجل أن يتزوج كتابية على مسلمة ، ومسلمة على كتابية ، وهما فى المعاشرة والقسم سواء • ومن يرى من الجعفرية حل زواج المسلم من الكتابية يقول بجواز نكاح المسلمة على الكتابية ، وبكراهة نكاح الكتابية على المسلمة ، ويقول أن الكتابية على النصف من المسلمة فى القسم •

(٢) الاولاد بين زوج مسلم وزوجة كتابية مسلمون تبعا لابيهم ، لان الولد يتبع خير الابوين دينا •

(٣) يكون التوارث بين الاب والاولاد لاتحاد الدين ، ولا توارث بين الاولاد وأمهم لاختلاف الدين •

(٤) للزوجة الكتابية أن توصى لزوجها المسلم ولاولادها منه ، وللزوج والاولاد أن يوصوا لها ، حيث لا ميراث يمنع الوصية •

(٥) اذا انتقلت الزوجة الكتابية الى دين سماوي آخر لا يغير ذلك عقد الزواج لان ما جاز ابتداء جاز بقاء ، فحيث لا مانع من العقد عليها ابتداء بالنظر الى دينها الجديد ، فكذلك لا مانع من بقاء العقد بعد ما تحولت اليه •

(٦) اذا انتقلت الزوجة الكتابية الى دين غير سماوي ، فسخت الزوجية ، لان ما لا يصح ابتداء لا يصح بقاء •

ومذهب الجعفرية (القائلين بحل نكاح الكتابيات) ان من انتقلت من دينها السماوي الى دين سماوي آخر ، أو الى غير دين فسد نكاحها في الحال ان كان قبل الدخول بها • وبعد الدخول يفسد فسادا موقوفا على مضى مدة العدة ، فان أسلمت أو رجعت الى دينها الاول قبل مضى مدة العدة عاد العقد صحيحا • وان أصرت على ما تحولت اليه حتى انتهت مدة العدة

---

(١) من اباح من الجعفرية نكاح الكتابيات يقول ان الزوج المسلم يرث زوجته الكتابية ولا عكس .

فسخ العقد (١) .

٢ ـ زواج المسلم ممن لا تدين بدين سماوي : ـ

لا يجوز لمسلم أن يتزوج بمن لا تقر بنبي ، ولا تؤمن بكتاب منزل ، كالمشركة ، والوثنية ، والبوذية ، والمجوسية التي تعبد النار ، والصابئة التى تعبد النجوم (٢) .

ودليل تحريم نكاح هؤلاء ، قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو اعجبتكم » وقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وقوله عليه الصلاة والسلام فى شأن المجوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » .

ويلحق بمن ذكرن المرتدة عن الاسلام ولو الى دين سماوي لان المرتدة لا دين لها وتحبس الى أن تتوب أو تموت .

٣ ـ زواج المسلمة من غير المسلم : ـ

لا يجوز بحال جواز مسلمة من غير مسلم ، كتابيا كان أو غير كتابي . ودليل ذلك قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم » وقوله « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلاترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ، وقد ورد عن السلف أنهم كانوا يفرقون بين الرجل الكتابي وزوجته ان أسلمت دونه ، ومثل هذا لا يكون من قبل الرأي . على ان الاجماع منعقد على عدم جواز نكاح المسلمة من غير المسلم مطلقا ، والاجماع حجة قاطعة .

٤ ـ حكمة الحل والحرمة : ـ

أباح الشارع الزواج من الكتابيات لان الكتابية تعترف بالله ، وتقر

---

(١) انظر مسائل الخلاف جـ٢ ص ٦٩ ، والاحكام الجعفرية ص ٣٢ .

(٢) يرى ابو حنيفة حل نكاح الصابئة على ما يراه من انهم اهل كتاب لا يعبدون النجوم وانما يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة .

بنبي ، وتؤمن بكتاب منزل ، فهي لهذا قريبة من المسلم فى أصل العقيدة .

والزوج المسلم بالنسبة للكتابية يحترم دينها ، ولا يتعرض لها في عقيدتها ، لانه بمقتضى دينه مأمور بذلك ، فقد أمرنا أن نترك أهل الكتاب وما يدينون ، وفوق ذلك فهو يؤمن بنبيها ويصدق بكتابها ، وما دام الامر كذلك فلا خوف من سلطان الزوج على الزوجة ، ولا خوف على الزوجية من خلاف ينشأ عن اختلاف الدين .

أما الزوجة التى لا تعترف بالله ، ولا تؤمن بنبي ، ولا تتبع شريعة سماوية ، فهذه بينها وبين المسلم فى العقيدة بون شاسع ، ومدى بعيد ، فمحال أن يلتقيا عند رأي ،أو يتفقا على أصل . والمسلم يسفه عقيدتها وهي تسفه عقيدته ، والمسلم يراها على ضلال ، وهي تراه على ضلال كذلك، والمسلم اما أن يخلص لعقيدته فيكون حربا عليها وعلى دينها ، واما أن يقع تحت اغراء الزوجة ، وسلطان حبه لها فيتهاون فى عقيدته ، ويتسامح فى دينه ، وفى الاولى لا يمكن أن تقوم زوجية صحيحة فيها المودة والسكن . وفى الثانية يكون الخطر على عقيدة الزوج نتيجة التسامح والتهاون !!.. وقد صرح القرآن الكريم بعلة تحريم الزواج بين المسلمين والمشركين فقال «أولئك يدعون الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه » .

وأما تحريم زواج غير المسلم بالمسلمة ، فلان غير المسلم ـ كتابيا كان أو غير كتابي ـ لا يعترف بالاسلام ، ولا بنبي الاسلام . والنتيجة أنه قد ينال من عقيدتها ، ويستخف بدينها ، ويسخر من نبيها ، وهي ترى نفسها خيرا منه دينا ، وأقوم عقيدة ، وبعيد أن تصبر على ذل ، أو تقيم على ضيم ، وسوف تغضب لدينها ، وتثور لعقيدتها ، وحينئذ تسوء الزوجية ، وتفسد العلاقة .

والزوج له السلطان على زوجته شرعا وعرفا ، وقد يحاول بما له من سلطان أن يحولها عن دينها ، وقد تستجيب له خوفا على الزوجية أن تزول ،

فنكـون بإباحة زواجها من رجـل لا يعترف بدينهـا قد عرضناها للزيـغ والضلال !!٠٠

٥ — اجراءات العقد عـلى الكتابية : —

لا يفترق العقد على الكتابية عن العقد على المسلمة فى أية ناحية ، فكل شروط العقد التي ذكرناها سابقا لا بد من توفرها فى عقـود الزواج مـن الكتابيات ٠ وما يمنع صحة العقد ، أو نفاذه ، أو لزومه بالنسبة للمسلمة ، يمنع صحة العقد أو نفاذه أو لزومه بالنسبة للكتابية ٠ وحقوق الزوجيـة ، وواجباتها وآثارها بالنسبة للمسلمة والكتابية سواء ، الا ما استثنيناه فيما تقدم ٠

غير أنه دفعا للتغرير بالكتابية ، وحرصا على مصلحتها ومستقبلها ، لم يبح القانون فى مصر للمأذونين باجراء عقود الزواج أن يباشروا زواج المسلمين من الكتابيات ، وانما كان القاضى الشرعى هو الذي يباشر هذه العقود بنفسه بعد تحريات ، واجراءات ، وتوضيحات ، حتى تكون الكتابية على بينة من أمر الزواج من المسلم وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات ، مخافة أن تكون جاهلة بحقوق الزوجية وواجباتها عند المسلمين فأقدمت على الزواج وهي تحسب الامر على ما فى دينها ٠

وبعد ما يقوم به القاضى من توضيح ، ويتم تراضى الزوجين وقبولهما للزواج على أساس النظام الاسلامي ، يجري القاضى العقد ثم يدونه فى وثيقة مكتوبة باللغة العربية والانجليزية والفرنسية وفى هذه الوثيقة بيان لحقـوق الزوج والزوجة ٠ والاولاد منهما ٠

وبعد الغاء المحاكم الشرعية فى مصر استمر منع المأذونين من مباشـرة عقود الزواج من الكتابيات ٠ وصدر قرار من وزير العدل بشـأن لائحـة المأذونين فى يناير سنة ١٩٥٥ ٠ نصت المادة ١٩ من اللائحة على أنه (لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان أحد الطرفين غير مسـلم أو أجنبي

الجنسية) • وأصبح اجراء هذه العقود وتسجيلها من اختصــاص مكاتب التوثيق التابعة لوزارة العدل •

وفى العراق ، يجري العقد على مقتضيات الشريعــة الاســلامية ، وللزوجين حق تسجيله دون شيء من هذه الاجراءات التي يجري عليها العمل فى مصـر •

الفصل التاسع

« زواج غــير المسلمين »

يقر الاسلام زواج غير المســلمين بعضهم ببعض ، سواء أكان دين الزوجين واحدا أم مختلفا •

وعلى هذا فليس لنا أن تتدخل فيما يكون بينهم من عقود الزواج التي جرت على وفق دينهم ولو وقعت فى نظر الاسلام باطلة أو فاسدة ، لانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون •

ولكن هناك حالات تخول لنا حق التدخل فى عقود زواجهم ، ورفـع ما فيها مــن مخالفات ، واخضاعها لقوانين الزواج فى الشـريعة الاسلامية • وهذه الحالات هي :

أولا ـ اذا كان عقد الزواج مخالفا النظام العام للشرائع السماوية ، بحيث لا تقره شريعة ما ، كأن يتزوج غير المسلم من امرأة فى عصمة زوج آخـر •

ثانيا ـ اذا كان فى زواج غير المسلم عدوان على حق مسـلم ، كأن يتزوج من كتابية كانت متزوجة من مسلم فطلقها أو مات عنها وهي لا تزال فى عدتها منــه •

ففي هاتين المسألتين يجب على كل من يعلم حــال الزوجين أن يرفع

أمرهما الى القاضي حسبة ، وعلى القاضي متى علم بحالهما أن يفرق بينهما فى الحال •

ثالثا — اذا ترافع غير المسلمين الى القاضي المسلم فى أصل عقد الزواج ، أو فى حق من حقوقه كالنفقة ، على القاضي أن يتدخل للقضاء بينهم • وفى هذه المسألة خلاف بين فقهاء الحنفية ، حاصله :

أ — يشترط أبو حنيفة للنظر فى الخصومة أن يترافع الزوجان جميعا • وقال أصحابه يكفي أن يترافع أحدهما دون صاحبه (١) •

ب — اذا ترافعا فى أصل الزوجية ، أو فى حق من حقوقها وكان العقد موافقا للشريعة الاسلامية ، حكم بصحته (٢) ، وبالتالى حكم بما اختلف فيه من حقوق الزوجية ، بما تقضى به الشريعة الاسلامية •

وان كان مخالفا النظام العام للشرائع السماوية ، أو فيه عدوان على حق مسلم حكم ببطلانه ، وفسخ فى الحال ، ولو لم يترافعا الينا ، كما تقدم •

جـ — اذا ترافعا فى أصل الزوجية ، أو فى حق من حقوقها وكان العقد باطلا لعدم المحلية الاصلية كالزواج من المحارم ، أو كان فاسدا باتفاق بين المسلمين كالزواج من كتابية قبل انقضاء عدتها من فراق زوج غير مسلم ، أو كان فاسدا عند فريق من فقهاء المسلمين وصحيحا عند فريق آخر كالزواج من غير شهود ، حكم ببطلان العقد ، أو فساده ، عند زفر •

وقال أبو يوسف ومحمد : ان كان العقد باطلا فى نظر المسلمين ، حكم ببطلانه • وان كان فاسدا فى نظر المسلمين فسادا متفقا عليه ، حكم بفساده •

---

(١) وجهة نظر أبي حنيفة، ان من لم يترافع لم يلتزم حكم الاسلام، فمراعاة لحقه، وحفظا لحريته الدينية لا ينظر فى الخصومة . ووجهة نظر أصحابه ان من ترافع منهما التزم حكم الاسلام، كمن أسلم، فينظر فى أمر الزوجية ويفرق بينهما اذا كان الزواج لا يصح فى الاسلام .

(٢) نقل عن مالك الحكم بفساد العقد ولو كان موفقا للشريعة الاسلامية . وخالفه فى ذلك بعض أصحابه .

وان كان فاسدا عند فريق من فقهاء المسلمين دون فريق ، حكم بصحته ، وبالتالي يحكم فيما اختلف فيه من حقوق الزوجية بما تقضى به الشريعة الاسلامية .

وقال أبو حنيفة : ان كان العقد فاسدا عند فريق من فقهاء المسلمين دون فريق ، أو كان فاسدا عندهم جميعا لتخلف شرط متفق عليه فى ابتداء العقد لا فى بقائه ، كانتهاء العدة من فراق زوج غير مسلم ، حكم بصحة العقد ، وبالتالي يحكم فيما اختلف فيه من حقوق الزوجية بمقتضى الشريعة الاسلامية .

وان كان العقد باطلا لعدم المحلية الاصلية ، أو فاسدا باتفاق لتخلف شرط لا بد منه فى ابتداء العقد وبقائه ، كما لو تزوج بخمس نسوة فى عقد واحد ، حكم ببطلان العقد أو فساده ، ان كان الترافع فى أصل الزوجية (١) . وان كان الترافع فى حق من حقوقها ، اعتبر العقد صحيحا ، وحكم فى الحق المختلف فيه بما تقضى به الشريعة الاسلامية .

رابعا — اذا أسلم الزوجان أو أحدهما طبقنا عليهم حكم الشريعة الاسلامية فيما يختص بأصل الزوجية والحقوق المترتبة عليها ، مع مراعاة الخلاف السابق بين فقهاء الحنفية فى الحكم بصحة العقد وعدم صحته (٢) .

وهنا نبين حكم الشريعة فيما لو أسلم الزوجان ، أو اسلم أحدهما دون صاحبه وكان النكاح صحيحا فى نظر الاسلام فنقول :

أ — اذا أسلم الزوجان معا ، أو على التعاقب بقيت زوجيتهما ، وأقرا عليها .

ب — اذا أسلمت الزوجة وحدها . فان كان الزوج بالغا عاقلا ، أو صغيرا مميزا ، أو معتوها مميزا ، عرض عليه الاسلام ، مشركا كان أو كتابيا ،

---

(١) اختلف النقل عن أبي حنيفة وقد اخترنا ما ترجح فى نظرنا .
(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣١٠ — ٣١٢ . وفتح القدير جـ٢ ص ٥٠٢ — ٥٠٤ .

فان أسلم بقيت الزوجيـة وأقرا عليها ، والا فرق القاضى بينهما ، واعتبرت الفرقة طلاقا بائنا ، على المعتمد من مذهب الحنفية .

وان كان الزوج صغيرا غير مميز ، ينتظر الى أن يصبح مميزا يعقـل الاديان ، وحينئذ يعرض عليه الاسلام ، فان أسلم فبها ، والا فرق القاضـى بينهما ، واعتبرت الفرقة طلاقا بائنا .

وان كان الزوج مجنونا لا تنتظر افاقته ليعرض عليه الاسلام ، لان الافاقة أمر مجهول ، لا ندرى متى يكون ، وقد تطول المدة فتتضرر الزوجة بالانتظار ، بخلاف الصبي غير المميز ، لان وقت التمييز معلوم . وعلى هـذا يعرض — لا على سبيل الوجوب — الاسلام على أبويه أو أحدهما ، فان أسلما أو اسلم أحدهما حكم باسلامه تبعـا لمن أسلم من أبويه «١» وبقيت الزوجية . وان لم يسلم أحد أبويه ، أو كان فاقد الابوين لا يعرض الاسلام على أحد من أقربائه ولو كان الجد أو الجدة ، لان الولد لا يتبع فى الاسلام غير أبويه ، وفى هذه الحالة يقيم القاضى وصيا على الزوج ثم يحكم عليـه بالفرقة ، وتعتبر طلاقا بائنا .

ج — اذا أسلم الزوج وحده فاما أن تكون الزوجـة كتابية ، واما أن تكون مشركة ، فان كانت كتابية بقيت الزوجية وأقرا عليها .

وان كانت مشركة وكانت بالغة عاقلة ، أو صغيرة مميزة ، أو معتوهة مميزة عرض عليها الاسلام ، أو الدخول فى دين سماوي آخر فان استجابت بقيت الزوجية والا فرق القاضي بينهما واعتبرت الفرقة فسخا .

وان كانت صغيرة غير مميزة، أو مجنونة، فحكمها حكم الصغير غـير المميز أو المجنون الا أن الفرقـة تعتبر فسخا ما دامت بسبب يرجع اليها «١»

---

(١) تبعية الولد لاحد ابويه فى الاسلام تستمر الى ان يبلغ عاقلا وبعد ذلك تنقطـع التبعيـة .

(٢) جرينا على المعتمد من مذهب الحنفية وهو ان كل اباء من قبل الزوج يعتبر طلاقا، وكل اباء من قبل الزوجة يعتبر فسـخا .

أما الجعفرية فمذهبهم فى كل ما تقــدم عين مذهب الحنفية الا أنهم خالفوا فــي امور هــي :

(١) اذا وجد سبب الفرقــة قبل الدخول وجب التفرق فى الحال . وان وجد بعد الدخول ينتظر الى مضي مدة العــدة، فان زال سبب الفرقــة قبل انتهائها بقيت الزوجية . وان بقى السبب الى نهايتها وجبت الفرقة .

(٢) تعتبر الفرقة فســخا، سواء أكانت بسبب مــن الزوج أم بسبب مــن الزوجــة .

(٣) تقع الفرقة من تلقاء نفسها، وليست متوقفة على قضاء القاضي .

(٤) ان كان الصغير أو المجنــون فاقد الابوين وله جد يتولى تربيتــه ويقوم عــلى شئونه، فالاشبه أنه يكــون تابعا له فى الدين، وحينئذ يعرض الاسلام على الجد كما يعرض على الابوين .

هذا . وينبغي ملاحظة ما يأتــي : —

أولا — لو أسلم أحد الزوجين دون صاحبه ثبت له كل حقوق الزوجية التي تكون للمسلم، وألزم غير المسلم بالوفاء بها .

ثانيا — تعتبر الزوجية قائمة قبل تفريق القاضي، فللزوجة مثلا النفقة، ولها كل المهر لو ماتت أو مات الزوج، ولكن لا يتوارثان لاختلاف الدين .

ثالثا — لا يشترط لتحقق اسلام من أسلم بعد كفر أن يشهد على اسلامه أو يسجله وانما يقصد من ذلك حفظ الحقوق لا غير .

رابعا — يتحقق الاسلام بالنطق بالشهادتين، ولكن يشترط الا يقارن ذلك شيء مما يدل على أنه لا يزال عــلى عقيدته الاولى، ونصوص علماء الاسلام صريحة فى أن من نطق بالشهادتين وقارن ذلك امارات تكذيبه لا يعتبر مسلما، ولا تجري عليه أحكام المســلمين .

ولكن بعض ذوي الاغراض الفاسدة يتخذون من اشهار اسلامهم حيلة للزواج أو للطلاق، وهم فى سريرة أنفسهم على دينهم القديم، فيجب العمل على

وقف هذا التحايل، ويجب عدم الاعتراف باسلام كل من يتخذ الاسلام وسيلة لتحقيق غرض معين وهو لا يزال متمسكا فى واقع الامر بتعاليم دينه ومظاهره !! ...

الفصل العاشر

« في : اثبات الزوجية »

١ ــ طرق الاثبات : ــ

تثبت الزوجية بواحد من ثلاثة : (١) الاقرار (٢) البينة (٣) النكول عن اليمين فان ادعى رجل الزواج على امرأة، أو ادعت امرأة الزواج على رجل ، فاما أن يقر المدعى عليه بالزوجية وحينئذ تثبت بتصادق المدعى والمدعى عليه . واما أن ينكر، وحينئذ يطلب من المدعى اقامة البينة على دعواه، فان أقامها ثبتت الزوجية، وان عجز عن اقامتها يطلب منا لمدعى عليه وهو المنكر، أن يحلف على عدم صحة الدعوى، فان حلف رفضت دعوى الزوجية، وان نكل عن اليمين ثبتت الزوجية بنكوله ــ واليك التفصيل :

أولا ــ الاقرار : اذا ادعى رجل «١» على امرأة أنها زوجته فقد أقر بذلك على نفسه، وحينئذ فلابد لثبوت الزوجية من تصديق المرأة له واقرارها على نفسها بالزوجية منه . وهذا التصادق من الطرفين يعتبر تقريرا للواقع واثباتا لزوجية وقعت من قبل، ولا يعتبر انشاءً للعقد، والا لكان محتاجا الى الاشهاد عليه، ولم يقل به أحد .

والاقرار لا تثبت به الزوجية الا اذا توافرت فيه الشروط الآتية :

---

(١) نكتفي بتصوير الدعوى من جانب الرجل، حيث لا يخفى أن المرأة والرجل في ذلك سواء .

(١) أن يكون المقر بالغا عاقلا، فاقرار الصبي غير المميز، واقرار المجنون غير صحيح • واقرار الصبي المميز، والمعتوه غير نافذ •

(٢) ألا يوجد مانع شرعي من قيام الزوجية، كأن يكون المدعي متزوجا من أخت المدعى عليها، أو يكون متزوجا من أربعة سواها، أو تكون المدعي عليها فى عصمة رجل آخر •

(٣) أن تصدق المرأة الرجل فى دعواه، لان الاقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه الى غيره ، فلابد من تصديق المرأة له •

هذا — ويستوى فى صحة الاقرار ونفاذه كونه فى حالة الصحة أو فى حالة المرض، غير أنه — فى رأي أبي حنيفة والجعفرية — ان كان المقر هو الرجل ثبتت الزوجية بتصديق المرأة له فى حياته ، أو بعد وفاته ما دامت فى العدة ، واستحقت ميراثها، فى تركته، لان آثار الزوجية باقية بعد الموت، ولذا جاز لها أن تغسله بعد موته •

وان كان المقر هو المرأة ثبتت الزوجية بتصديق الرجل لها فى حياتها • وبعد موتها لا يصح تصديقه، لان الزوجية زالت وزالت آثارها، ولذا كان له أن يتزوج من اختها اثر موتها •

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه يصح تصديق الرجل بعد موت المرأة ، وتصديق المرأة بعد موت الرجل •

ثم انه قد يحدث أن يقر بالزوجية ولى الصغير أو الصغيرة أو من في حكمها فهل يقبل هذا الاقرار أو لا ؟ •

ذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية الى أنه يقبل الاقرار وينفذ عليهما ، لانه اقرار بفعل نفسه • واختلف النقل عن أبي حنيفة، فقيل أنه لا يقبل اقرار الولي مطلقا ، لا أثناء الولاية ولا بعدها ، وقيل يقبل أثناء الولاية لا بعدها •

ثانيا — البينة : اذاا دعى رجل الزواج على امرأة وأنكرت، كان على الرجل أن يقيم البينة أمام القاضي لتشهد على صحة دعواه بشرط أن تكون

البينة رجلين أو رجلا وامرأتين، وبشرط أن تتوفر فيهم شروط قبول الشهادة • فان أقام البينة قضى بالزوجية بناء على هذه الشهادة •

ثالثا — النكول عن اليمين : اذا عجز الرجل عن اقامة البينة وجهت اليمين الى المرأة فان حلفت رفضت دعوى الزوجية • وان نكلت عن اليمين قضى عليها بزوجيتها من المدعى «١» على المفتى به من مذهب الحنفية •

وقال الجعفرية والشافعية : اذا نكل المنكر عن اليمين ردت على المدعى ، فان حلف قضى له ، وان نكل ردت دعواه •

٢ — تسجيل العقد : —

عقود الزواج من الناحية الشرعية ليست فى حاجة الى تسجيلها ، ولا تتوقف صحتها شرعا ولا قانونا على ذلك مطلقا • ولكن نظرا لكثرة دعاوي الزواج الكيدية جرى العمل فى مصر على أنه لابد من تسجيل عقود الزواج فى وثائق خاصة، توضع نسخة منها بيد الزوج، واخرى بيد الزوجة، وثالثة بالسجلات الرسمية حتى تكون حجة قاطعة فى اثبات الزوجية •

غير أن المشرع الوضعي فى مصر اشترط فى تسجيل عقود الزواج ألا يقل سن الزوج عن ١٨ سنة، وسن الزوجة عن ١٦ سنة من وقت دعوى الزوجية •

كما اشترط على المأذونين باجراء عقود الزواج ألا يعقدوا عقدا الا اذا بلغ الزوجان السن المذكورة • وغرض المشرع من وراء هذا تحقيق مصلحة اجتماعية بحتة، لان الرجل والمرأة اذا ما بلغا هذه السن كمل نضوجهما الجسماني والعقلي، فتؤمن العاقبة على صحة الزوجين، وعلى الحياة الزوجية •

على هذا جرى العمل فى مصر بالنسبة لتوثيق عقود الزواج • كما جرى العمل على أنه لا تقبل دعاوي الزوجية عند الانكار، ولا ينظر فيها الا اذا كان

---

(١) القضاء بالزوجية بناء على النكول عن اليمين مذهب الصاحبين . ومذهب أبي حنيفة انه لا يوجه اليمين الى منكر الزوجية لان النكول ليس اقرارا عنده ، وانما هو من قبيل البذل ، والبذل يجري فى الاموال لا فى الزواج .

هناك وثيقة رسمية تثبت ذلك . وغرض المشرع من ذلك أن يحمل الناس على توثيق عقود الزواج حتى يحفظ حقوق الزوجين بصيانة العقد عن الجحود والانكار، فقد يجحد أحد الزوجين الزواج ويعجز الآخر عن اثباته فتضيع حقوق، وتنشأ مشاكل، ولو كانت هناك وثيقة رسمية لوصل كل الى حقه .

كما أن تسجيل العقد، وعدم قبول دعوى الزوجية الا بناءً عليه منع أصحاب المقاصد الدنيئة، والنوايا السيئة من دعاوي الزوجية الكاذبة بغية الكيد، أو الوصول الى حق غير مشروع، فقد كان من السهل أن يدعى رجل زوجية وهو كاذب، وكان من السهل أن يأتي بشهود الزور على دعواه فيحكم له ، فلما كان هذا التشريع، قضى على ألاعيب بعض الناس، وما كان أكثرها وأسهلها .

وفى العراق، تجري عقود الزواج على الطريقة الشرعية دون تقيد ملزم بسن معينة للزوج والزوجة . كما أن التسجيل لعقود الزواج موجود لا على سبيل الالزام، فمن أراد الحيطة لنفسه سجل زواجه ومن لا يسجل فلا مسئولية عليه، كما أن دعوى الزوجية تنظر دون توقف على وثيقة رسمية فان أثبت مدعى الزوجية دعواه بطريقة من طرق الاثبات الشرعية السابقة قضى له ، ومن عجز ردت دعواه .

الباب الثالث

« في : حقوق الزوجية »

(١) حقوق الزوجة على زوجها (٢) حقوق الزوج على زوجته (٣) الحقوق المشتركة بين الزوجين .

الفصل الاول

« في : حقوق الزوجة على زوجها »

(١) المهر (٢) النفقة (٣) عدم الاضرار بالزوجة (٤) العدل فى القسم عند الزوجات .

« الحق الاول : المهر »

١ — تعريفه : —

المهر ، حق مالى أوجبه الشارع على الزوج لزوجته بسبب العقد عليها أو الدخول بها — وهو حكم من أحكام الزواج مترتب على العقد ، وليس شرطا فى صحته ، ولذا يصح الزواج ولو اتفق الزوجان على ألا مهر ، أولم يذكراه وقت العقد . والدليل على ذلك قوله تعالى « لا جناح عليكم انطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ... » حيث حكم بصحة الطلاق عند عدم تسمية المهر ، والطلاق لا يصح الا بناء على صحة العقد . وما روى من ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه سئل عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فرض لها مهرا، فقال اجتهد برأيي فان أصبت فمن الله، وان أخطأت فمن ابن أم عبد — أرى لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال : انى أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا ، ثم قام ناس من أشجع وقالوا : نشهد

مثل شهادته ، ففرح عبد الله بن مسعود فرحا لم يفرح مثله فى الاسلام حيث وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم (١) .

والمهر واجب لا على أنه عوض وبدل عن ملك استمتاع الزوج بزوجته، كما فهم البعض ، وانما شرع على أنه هدية لازمة ، وعطية مقررة ، اظهارا لشرف عقد الزواج وما له من خطر ومكانة . ويشهد لهذا قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أي عطية عن طيب خاطر . والى هذا الفهم مال الكمال بن الهمام حيث يصرح بأن المهر (وجب شرعا ... ابانة لشرف المحل ... ولم يشرع بدلا كالثمن والاجرة ، والا لوجب تقديم تسميته) (٢) .

٢ ـ دليل وجوب المهر : ـ

والدليل على وجوب المهر قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » والامر للوجوب ، وقوله « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة »، وقوله « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » ، وما تقرر من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يخل زواجا من مهر ، وما انعقد عليه الاجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ، من وجوب المهر للزوجة على زوجها .

٣ ـ لم كان المهر على الزوج دون الزوجة ؟ : ـ

وانما كان المهر على الزوج دون الزوجة لان ذلك يتمشى مع طبيعة الحياة، فالرجل يعمل لكسب المال ، والمرأة تقوم على مصالح البيت ، فكان البذل على صاحب الكسب هو العدالة المتمشية مع قانون الحياة العام .

والمرأة التى تنتقل الى بيت الزوجية تحتاج الى مال تستقبل به حياتها الجديدة ، وتستعين به على كسوتها وزينتها ، وذلك كله من أجل الزوج ، فكان البذل من جانبه هو منطق العدالة .

---

(١) البدائع جـ٢ ص ٢٧٥ .
(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٤٣٤ .

والمهر من جانب الرجل للمرأة ، يشعر بعزتها ، وينبىء عن أنها شيء لا ينال الا بالبذل والعطاء ، ومنطق الواقع يقرر ، أن ما صعب مناله عز فى أعين الناس ، وما سهل مناله هان على الناس ، ومتى عزت الزوجة فى عين زوجها ، كان أحرص عليها ، وأخلص لها .

والرجل الذي جعل الشارع الطلاق بيده ، لو تزوج المرأة دون أن يبذل لها المهر ، لهان عليه طلاقها لاتفه الاسباب ، لانه ما بذل شيئا فى زواجه منها ، وسوف لا يبذل شيئا فى زواجه من غيرها ، فكان المهر من عوامل الحرص على الزوجة وعدم التفريط فيها .

والرجل اذا ما التزم بمهر الزوجة ، كان ذلك رمزا الى أنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة ، وسيقوم من جانبه بالانفاق عليها ، وبذلك تطمئن نفسها الى حياتها الجديدة .

٤ - سبب وجوب المهر : -

يجب المهر على الرجل بواحد من أمرين :

الاول : العقد الصحيح ، وبه وحده يجب المهر على الزوج وجوبا غير مستقر ، فقد يثبت كله ، وقد يثبت نصفه ، وقد يسقط كله الى بدل ، وقد يسقط كله لا الى بدل .

الثانى : الدخول الحقيقي ، فمن تزوج امرأة زواجا فاسدا ، لا تستحق المهر بمجرد العقد ، ولكن لو دخل بها بناء على هذا العقد وجب لها المهر بما استحل منها ، وكذا من وطىء امرأة بشبهة وجب عليه المهر لان كل وطىء فى دار الاسلام لا يخلو عن حد أو مهر ، ولا حد للشبهة فوجب المهر ، كما تقدم .

٥ - أنواع المهر : -

المهر نوعان أحدهما : المهر المسمى ، وهو ما سمى عند العقد تسمية صحيحة

وتراضى عليه الزوجان .

وثانيهما : مهر المثل ، وهو مهر امرأة تماثلها أو تقاربها من قوم أبيها كأختها أو عمتها ، أو امرأة من أسرة فى مستوى أسرتها . ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها أو خالتها الا ان كانتا من قوم ابيها . وعند الجعفرية يعتبر مهر المثل بقوم أبيها وبقوم أمها ، ولا يجاوز خمسمائة درهم ، فان زاد على ذلك اقتصر على خمسمائة «١» .

والمماثلة تكون فى الجمال ، والسن ، والبكارة ، والثيوبة ، والخلو من الولد ، والخلق ، والعقل ، والعلم ، والتدين ، والمال . ويجب مراعاة الزمان والمكان ، كما يجب مراعاة حال الزوج وصفاته ، فان المهر يزيد وينقص تبعا لما عليه الزوج من صفات .

ومقدار مهر المثل قد يتفق عليه الزوجان ، وقد يختلفان فيه ، فان اتفقا على أنه مائة دينار مثلا ، كانت هى المهر . وان اختلفا ، كأن ادعت الزوجة أن مهر مثلها مائة فقط ، فأيهما أقام البينة «٢» على دعواه قبلت ، لان كل واحد يعتبر مدعيا ومنكرا . وان أقاماها جميعا، قدمت بينة الزوجة لانها تدعي الزيادة . وان عجزا عنها معا ، فالقول قول الزوج مع يمينه لانه ينكر الزيادة . وان نكل عن اليمين ، حكم بماتدعيه الزوجة .

٦ ـ مقدار المهر : ـ

اتفق فقهاء المسلمين على أنه ليس للمهر حد أعلى لانه لم يرد عن الشارع نص فى ذلك، ولا تحديد الا بنص . والأولى عدم المغالاة فى المهور حتى لا نصد الناس عن الزواج . وخير الصداق أيسره .

أما الحد الادنى للمهر فذلك محل خلاف بين الفقهاء :

فذهب الحنفية الى أن أقل حد للمهر عشرة دراهم من الفضة أو ماقيمته

---

(١) مسائل الخلاف جـ٢ ص ٧٩ .

(٢) يشترط كون البينة رجلين أو رجلا وامرأتين ، وتشترط العدالة لانها شهادة على مال .

ذلك • وتقدر العشرة دراهم بالنقد المصري بخمسة وعشرين قرشا ، وبالنقد العراقي بمائتين وخمسين فلسا •ودليلهم على هذا قوله صلى الله عليه وسلم « لا مهر أقل من عشرة دراهم » • وقياسهم بضع المرأة على يد السارق ، فكما لا يستحل قطع اليد فى أقل من عشرة دراهم ، فكذا لا يستحل البضع في أقل منها •

وذهب المالكية الى أن أقل المهر ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم من الفضة• أو ما قيمته ذلك • ودليلهم على هذا ما ثبت عندهم من أن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من ذهب ، وهو يساوي ربع دينار • قالوا : وربع الدينار مال محترم ، وهو أقل ما تقطع فيه يد السارق ، فكذا يجب أن يكون أقل ما يستحل به بضع المرأة •

وذهب الشافعية والحنابلة والجعفرية الى أنه لا حد لاقل المهر ، بل كل ما يطلق عليه اسم المال يصح أن يكون مهرا ، قل أو كثر • واستدلوا لمذهبهم بقوله تعالى « ••• وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ••• » ولفظ الاموال مطلق غير مقيد لا بعشرة ولا بثلاثة و لابغير ذلك ، وبما رواه سهل بن سعد الساعدي من أن امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ، قد وهبت لك نفسي ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ، زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وهل عندك شيء تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندي الا ازاري هذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك ، فالتمس شيئا ، فقال : ما أجد شيئا ، فقال : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شيء ؟ قال نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، لسور يسميها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد زوجتكها بما معك من القرآن • فقوله عليه الصلاة والسلام (التمس ولو خاتما من حديد) يدل على أنه لا تحديد لاقل المهر ، لان خاتم

الحديد لا يساوي عشرة دراهم ولا ثلاثة ولا درهما •

والحنفية ومن يوافقهم على تحديد حد أدنى للمهر ، يحملون هذا الحديث على الخصوصية لهذا الرجل ، أو يحملونه على معجل المهر • وهذا تأويل بعيد •

والحق أن ما ذهب اليه الشافعي ومن معه أرجح من جهة الدليل لان حديث الواهبة نفسها أصح ما روى فى باب المهر • وأما قوله عليه السلام (لا مهر أقل من عشرة دراهم) فهو جزء من حديث لفظه « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » • وهو حديث ضعيف لا يحتج به ، والحنفية أنفسهم تركوا العمل به فى باب الولاية وعدالة الشهود ، فكيف يأخذون به فى باب المهر ؟

٧ — ما يصلح مهرا وما لا يصلح : —

كل ما هو مال كالنقدين (الذهب والفضة) ، والعقار والمنقول ، والحيوان ، يصح أن يكون مهرا ، ما دام معلوما لا تقل قيمته عن عشرة دراهم عند الحنفية • وكذا الدين ، فلو تزوجها على مائة دينار على فلان ، صح ولها حق مطالبة المدين أو الزوج •

وكذا يصح أن يكون المهر منفعة مقدرة بمال كما لو تزوجها على أن تنتفع بزراعة أرض معينة أو بسكنى دار معينة •

وكذا يصح أن يتزوجها على أن يكون مهرها أن يعلمها القراءة والكتابة مثلا أو أن يعلمها سورا من القرآن ، على المفتى به من رأي متأخري الحنفية ، وبه قال الجعفرية •

وكذا يصح أن يتزوجها على أن يقوم بادارة مزرعة ، أو مصنع لها ، أو يشرف على أي شأن من شئونها التى يزاول مثلها — عادة — بمال ، والتي لايكون فيها امتهان لكرامة الزوج، مادام العمل معلوما والمدة معلومة كذلك • وقال الجعفرية يجوز أن تكون منافع الحر مهرا، واستثنى بعضهم من ذلك اجارته،

وقالوا هي خصوصية لموسى عليه السلام «١» .

ولا يصح ـ باتفاق ـ أن يكون مهرا كل ماليس مالا ولا متقوما بمال فى ذاته كالميتة والدم، وكذا كل ما ليس بمال فى حق المسلم كالخمر والخنزير ، ولو كانت الزوجة كتابية .

وكذا لا يصح أن يكون مهرا كل ما لحقته الجهالة الفاحشة ، كما لو تزوجها على عشرة أرداب ولم يبين كونها من القمح أو الشعير مثلا . أما الجهالة اليسيرة فلا تضر فلو تزوجها على عشرة أرداب من القمح ولم يبين وصفها كان لها الوسط من ذلك أو قيمته .

وكذا لا يصح أن يكون مهرا كل منفعة لا تقابل بمال كما لو تزوجها على أن يكون مهرها طلاق زوجته السابقة ، أو على ألا يتزوج عليها .

وكذا لا يصح أن يكون المهر خدمة الزوج زوجته بما يؤدي الى امتهان وضياع كرامته ، كما لو تزوجها على أن يقوم بخدمتها أو بخدمة البيت «٢» .

ويجب أن يلاحظ أن فساد تسمية المهر لا يؤدي الى فساد العقد ، بل العقد صحيح ما دام مستوفيا شروط الصحة ، والواجب هو مهر المثل .

٨ ـ تعجيل المهر وتأجيله : ـ

يجب المهر للزوجة بمجرد حصول العقد الصحيح ، ولكن لا يلزم أن يكون حالا ، بل يجوز تعجيله كله ، وتأجيله كله ، وتعجيل بعضه وتأجيل بعضه ، ودفعه على أقساط فى مدد معلومة ، حسب اتفاق الزوجين ، أو من يتولى العقد عنهما . وان لم يكن هناك اتفاق على شيء من ذلك جرى الامر على ما عليه عرف البلد الذى أجرى فيه العقد ، لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

---

(١) مسائل الخلاف جـ٢ ص ٧٦ . والمختصر النافع ص ١٢ .

(٢) ذهب محمد بن الحسن الى انه لو تزوجها على أن يكون مهرها خدمته لها صحت التسمية ولها قيمة الخدمة فقط .

وعلى ما تقدم ، فان اشترط تعجيل كل المهر لزمه أداؤه قبل الدخول ، وللزوجة ألا تدخل فى طاعته الا بعد أدائه المهر .

وان اشترط تأجيله كله ، فليس للزوجة أن تمتنع من الدخول فى طاعته ، وعليه اداء المهر عند حلول الاجل ان كان وقته محددا «١» . وان كان الاجل مجهولا جهالة فاحشة ، كأن قال : المهر مؤجل ، أو مؤجل الى وقت اليسار لا يكون مؤجلا ، ووجب تعجيله «٢» .

وان اشترط تعجيل البعض وتأجيل البعض لزمه اداء المعجل قبل الدخول، واداء المؤجل عند حلول الاجل ان كان محددا ، فان لم يعين وقتا لاداء المؤجل أو كان الاجل مجهولا جهالة فاحشة ، فقيل يلغو الاجل ويجب تعجيله ، وقيل يؤجل الى أحد الاجلين الطلاق أو الموت .

٩ — أصحاب الحق فى المهر : —

قد يبدو أن الزوجة هي صاحبة الحق وحدها فى مهرها ، ولكن واقع الامر أن المهر له حالتان ، حالة ابتداء ، وحالة بقاء

أما فى حالة الابتداء : فالمهر يتعلق به حق الله ، وحق الزوجة ، وحق الاولياء .

فحق الله ، وجوب مهر لا يقل عن عشرة دراهم عند الحنفية ، ولا يملك أحد اسقاط هذا الحق ، فلو حصل زواج على ألا مهر ، أو على مهر دون عشرة دراهم ، وجبت العشرة حتما على الزوج لزوجته .

وحق الزوجة مهر مثلها ، فلو زوجها وليها بأقل منه كان لها حق المطالبة بالزيادة الى مهر المثل ، أو فسخ الزواج .

---

(١) اذا طلقها الزوج قبل حلول الاجل فليس لها حق المطالبة حتى يحل الاجل . وان مات قبل حلول الاجل فلها حق مطالبة الورثة بعد الموت دون انتظار الاجل لان التأجيل حق لا يورث .

(٢) فتح القدير جـ٢ ص ٤٧٣ .

وحق الاولياء مهر المثل أيضا ، فلو زوجت البالغة العاقلة نفسها بأقل من مهر مثلها كان لاوليائها ـ عند الحنفية ـ حق المطالبة بالزيادة الى مهر مثلها أو فسخ الزواج . خلافا للجعفرية الذين لا يرون للاولياء حقا فى المهر ما دامت المرأة عاقلة بالغة .

وأما فى حالة البقاء : فاذا تم العقد وتقرر المهر ، كان المهر حق الزوجة وحدها ، تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أموالها ، فان تنازلت عنه كله أو بعضه فليس لاحد مطلقا حق الاعتراض على تصرفها ، ما دامت بالغة عاقلة رشيدة .

١٠ ـ المهر الواجب : ـ

المهر الواجب يختلف باختلاف التسمية وجودا وعدما ، وباختلاف مقدار المسمى . فتارة يكون الواجب للزوجة هو المسمى ، وتارة يكون الواجب مهر المثل ، وتارة يكون الواجب الاقل من المسمى ومهر المثل ، وتارة يكون الواجب هو عشرة دراهم (أقل المهر عند الحنفية) .

فيجب المسمى ، اذا توفرت الشروط الآتية :

(١) أن يكون العقد صحيحا (٢) أن تكون التسمية صحيحة (٣)ألا يكون المسمى أقل من عشرة دراهم عندالحنفية ، أو ما جعل حدا أدنى عند غيرهم .

ويجب مهر المثل ، فى الحالات الآتية :

(١) اذا نفى المهر عند العقد بأن تزوجها على ألا مهر لها .

(٢) اذا لم يسم المهر عند العقد ، كأن قال زوجيني نفسك فقالت قبلت .

(٣) فى نكاح المفوضة وهي التى فوضت أمر نفسها للزوج ، وذلك كأن يتزوج امرأة بلا مهر مسمى عند العقد ، ثم تطالب الزوج بعد العقد وقبل الدخول بأن يفرض لها مهرا ، فان امتنع ، أو فرض لها مهرا لم ترض به ، فلها أن ترفع أمرها الى القاضى ، والقاضى يأمره بالفرض ، فان امتنع فرض لها القاضى مهر مثلها .

(٤) فى نكاح الشغار «١» ـ وقد مر تعريفه ـ وهذا النكاح صحيح عند الحنفية ، ويجب فيه مهر المثل • وفاسد عند الشافعية والمالكية (٢) والحنابلة والجعفرية • ومنشأ الخلاف بين الحنفية وغيرهم من الفقهاء قوله عليه الصلاة والسلام (لا شغار فى الاسلام) فالحنفية يقولون علة النهي عدم تسمية المهر ، والاجحاف بحق المرأة ، وهذا أمر يمكن تداركه بجعل الواجب لكل من المرأتين مهر المثل • وغير الحنفية يقول : أن النهي يقتضى الفساد ، وعلة الفساد فى الشغار أنه عقد زواجين فى عقد واحد ، وهو غير جائز •

(٥) ـ اذا زوجت العاقلة البالغة نفسها بأقل من مهر مثلها واعترض وليها ، وجب مهر المثل عند الحنفية • وكذا اذا زوجها وليها بأقل من مهر مثلها ولم ترض به ، وجب لها مهر المثل باتفاق بين الحنفية والجعفرية •

(٦) اذا سمى لها ما لا قيمة له أصلا كالميتة والدم ، أو ما لا قيمة له فى نظر الاسلام كالخمر والخنزير •

(٧) اذا كان المسمى مجهولا جهالة فاحشة كأن تزوجها على عشرة قناطير ولم يبين نوعها ، أما ان كانت الجهالة يسيرة بأن بين النوع ولم يبين الوصف فلها الوسط أو قيمته ، كما تقدم •

ويجب الاقل من المسمى ومهر المثل فيما يلي :

اذا كان عقد الزواج فاسدا ، وسمى لها الزوج المهر تسمية صحيحة ، ودخل بها دخولا حقيقيا • ففي هذه الحالة يجب للزوجة الاقل من المسمى ومهر المثل ، فلو كان المسمى مائة دينار ، ومهر مثلها مائة وخمسون ، فلها المائة فقط ، حيث رضيت بها وتعتبر مسقطة للزيادة • وان كان المسمى مائة وخمسين ، ومهر مثلها مائة ، فلها المائة فقط ، لان مهر المثل هو الواجب حيث

---

(١) مأخوذ من قولهم شغر المكان اذا خلا ، وذلك لخلو العقد من المهر .

(٢) نكاح الشغار عند المالكية على أقسام وكلامنا عن الشغار الذي يجعل فيه كل من المرأتين مهرا للاخرى .

فسدت التسمية بفساد العقد • وقال زفر يجب مهر المثل قل أو كثر لان التسمية فاسدة فلا يلتفت اليها مطلقا •

وتجب عشرة دراهم فيما يلى :

اذا كان المهر المسمى أقل من عشرة دراهم ، ورضيت به الزوجة وأولياؤها وجب أن نرفع المهر الى العشرة لانها حق الله ، ولا يملك أحد اسقاطه • وقال زفر : تسمية ما دون العشرة غير معتبرة شرعا ، فهي فاسدة ، واذا فسدت يصار الى الاصل ، وهو المثل •

١١ ـ الزيادة على المهر والحط منه :ـ

اذا تم عقد الزواج ، وتراضى الزوجان على مهر معين ، جاز للزوج أن يزيد فى مهر الزوجة ، سواء أكانت الزيادة من جنس المهر أم من غير جنسه ، والتحقت الزيادة بأصل المهر وأخذت حكمه فى كثير من الاحوال • وكذا يجوز للزوجة أن تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه • والاصل فى ذلك قوله تعالى « ••• ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » • ولكن يشترط لكل من الزيادة والحط شروط لا بد منها واليك بيانها :

شروط الزيادة فـي المهر :

(١) أن يكون الزوج أهلا للتبرع ، وذلك بأن يكون عاقلا بالغا رشيدا • وللولي ـ ان كان الاب أو الجد ـ أن يزيد فى مهر من فى ولايته ، وليس ذلك لغيرهما من الاولياء ، لان الاب والجد لوفور شفقتهما ينظران الى مصلحة فوق الزيادة وهما غير متهمين فى تصرفهما •

(٢) أن تكون الزيادة برضا الزوج أو وليه ، ومع الاكراه لا تصح •

(٣) أن تكون الزيادة معلومة ، فلو كانت مجهولة كأن قال لها زدتك فى مهرك لا تصح •

(٤) أن تقبل الزوجة أو وليها الزيادة فى المجلس الذي حصلت فيه •

(٥) أن تكون الزيادة حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما ، فلو زادها فى

عدتها من طلاق رجعى صحت الزيادة ، وان زادها بعد انقضاء عدة الرجعى ، أو فى عدتها من طلاق بائن لا تصح الزيادة .

(٦) أن تكون الزيادة حال الصحة ، فان كانت فى مرض الموت لا تصح، لانها تكون وصية والزوجة وارثة ، والوصية لوارث لا تجوز ، خلافا للجعفرية فانهم يقولون بصحة الزيادة فى مرض الموت ما دامت فى حدوث الثلث بناء على ما تقرر عندهم من صحة الوصية للوارث .

شروط الحط من المهر :

وللزوجة وحدها ، دون أحد من أوليائها ولو كان الاب أو الجد [١] ، أن تحط مهرها كله أو بعضه عن زوجها بشروط :

(١) أن تكون الزوجة من أهل التبرعات بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة .

(٢) أن يكون الحط برضاها .

(٣) أن يكون المقدار الذي حطته عن الزوج معلوما .

(٤) ألا يرفض الزوج ما حطت الزوجة عنه . ولا يشترط قبوله للحط صراحة ، لان الحط ليس تمليكا ، وانما هو اسقاط وابراء ، فيكفي أن يسكت ولا يرفض .

(٥) أن يكون الحط حال صحتها ، لا فى مرض الموت ، خلافا للجعفرية كما تقدم .

(٦) أن يكون المهر دينا ثابتا فى الذمة فلو كان مهرها مائة دينار فحطت خمسين صح . أما ان كان المهر من الاعيان التي لا تثبت فى الذمة ، كما لو تزوجها على دارين معينتين فحطت عنه احداهما لا يصح لان الحط ابراء وهو

---

(١) يجوز الجعفرية للاب ان يحط من مهر الصغيرة اذا راعى مصلحة تعود عليها . وانما اباح الحنفية للاب والجد الزيادة فى مهر الصغير ومن فى حكمه دون الحط من مهر الصغيرة ومن فى حكمها ، لان عرف الناس جرى على الزيادة في المهر لما يترتب عليها من زيادة فى متاع البيت مثلا ولم يجر العرف على الحط من مهر الزوجة . لانه لا مصلحة ترجى من وراء ذلك .

لا يلحق الا الديون الثابتة فى الذمة • فان أرادت الزوجة أن تعفى الزوج من المهر او من بعضه فعليها أن تهبه له هبة صريحة • هذا ما ذهب اليه الحنفية • أما الجعفرية فيرون ان الحط يلحق الاعيان كما يلحق الديون • ونرى أن ما ذهب اليه الجعفرية أولى بالقبول ، لان الحنفية تمسكوا بالمصطلحات الفقهية ، ولم يلتفتوا الى المقاصد والنيات ، فالمرأة حينما تحط عن الزوج كل المهر أو بعضه لا يدور بخلدها أن المهر يقبل الابراء أو لا يقبل ، وانما كان قصدها اعفاء الزوج من حق وجب عليه فلم لا يكون صحيحا ؟

١٢ - متى يتأكد وجوب كل المهر للزوجة ؟ : -

تقدم أن المهر يجب للزوجة بمجرد العقد الصحيح وجوبا غير مستقر فقد يتأكد وجوبه كله ، وقد يجب نصفه فقط ، وقد يسقط كله الى بدل وهو المتعة ، وقد يسقط كله لا الى بدل •

فيتأكد وجوب كل المهر للزوجة بواحد من ثلاثة :

الاول : موت أحد الزوجين بعد العقد الصحيح وقبل الدخول المعتبر شرعا ، وعليه فلو مات الزوج قبل تسليم المهر للزوجة • أخذت كل مهرها من تركته ، ولو ماتت الزوجة قبل أن تتسلم المهر أخذ ورثتها المهر من الزوج بعد اسقاط نصيب الزوج باعتباره وارثا • وانما يتأكد وجوب كل المهر بالموت ، لان الموت ينهى الزوجية ، واذا ما انتهت أخذت حكمها كاملا حيث لم تعد قابلة لفرقة من قبل الزوج تنصف المهر ، أو من قبل الزوجة تسقطه بتمامه • وقال الجعفرية اذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ولم يكن المهر مسمى وقت العقد ولا بعده ، فلا مهر ولا متعة •

الثاني : الدخول الحقيقي ، فاذا دخل الزوج بالزوجة دخولا حقيقيا تقرر لها كل المهر ، لانه بالدخول الحقيقي استوفى الزوج حقه فى المتعة ، فوجب عليه أداء المهر كاملا ، ولا يسقط بعد الدخول بالفرقة ولو بسبب من الزوجة ، وانما يسقط بالاداء ، أو الابراء •

الثالث : الخلوة الصحيحة ، ويعبر عنهـا بالدخول الحكمي ، وهي أن يجتمع الزوجان فى مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما ، والا يكون هناك مانع حسـي ، أو طبيعي ، أو شرعي يمنع من الدخول الحقيقي، فالمانع الحسي ، كوجـود شخص ثالث معهما ولو نائما أو اعمـى أو طفلا مميزا . والمانـع الطبيعي، كالمرض الذي يمنع المخالطة الزوجية . والمانع الشرعي، كأن يكون أحد الزوجين أو كلاهما صائما فى رمضان أو تكون الزوجة حائضا أو نفساء .

فان تمت الخلوة الصحيحة بين الزوجين ، كان لها حكم الدخول الحقيقي فى تأكد وجوب المهر كله عند الحنفية ما دام العقد صحيحا ، لان الزوجة مكنت زوجها من نفسها ولم يكن منها ما يمنع الزوج مـن استيفاء حقه . واستدل الحنفية على ما ذهبوا اليه بقوله تعالى « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منـه شيئا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضـى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » حيث فسروا الافضاء فى الآية بالخلوة . وبقوله عليه الصلاة والسلام « مـن كشف خمار امرأته ونظر اليها ، وجب عليه الصداق دخل بها أو لم يدخل » . وبما ثبت من أن الخلفاء الراشدين قضوا بأن الزوج اذ أرخى الستور وأغلق الباب كان للزوجة الصداق كاملا .

وذهب الشافعية ، والجعفرية فى المشهـور من مـذهبهم الى أن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي ولا يتأكد بها المهر مطلقا (١). ودليلهم ظاهر قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسـوهن وقد فرضتم لهـن فريضة فنصف ما فرضتم ... » حيث أوجب للمطلقة قبل المس نصف المهر .

---

(١) مذهب الامام احمد أن الخلوة الصحيحة من مؤكدات المهر ، بل التقبيل واللمس بشهوة عنده من مؤكدات المهر ايضا . ومذهب مالك ، أن الخلوة وحدها لا يتأكد، بها المهر، ولكن ان انتقلت الزوجة الى بيت الزوج وأقامت معه سنة بلا دخول حقيقي مع عدم المانع كان ذلك مـن مؤكدات كل المهر للزوجة حتى ولو اعترف الزوجان بعدم الدخـول .

قالوا والمراد من المس فى الآية الجماع ولم يفصل بين حال وجود الخلوة وعدمها فمن اوجب كل المفروض بالخلوة وحدها فقد خالف النص .

وقبل أن تترك هذا البحث يحسن بنا أن نوضح احكام الخلوة الصحيحة، ما تتفق فيه مع الدخول الحقيقي وما تختلف ، فنقول :

الخلوة الصحيحة تتفق مع الدخول الحقيقي فى حكمين :

(١) تأكد كل المهر للزوجة .

(٢) وجوب العدة «٢» وما يترتب عليها من أحكام كالنفقة ، وعدم حل زواجه من احدى محارمها وهي فى العدة كما هو مذهب الحنفية .

وتخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي فيما يلي :

(١) الاحصان : فالدخول الحقيقي يحصن الرجل والمرأة ، والخلوة الصحيحة لا تحصن واحدا منهما .

(٢) حرمة بنت الزوجة : فالدخول الحقيقي بالزوجة يحرم بنتها على الزوج ، والخلوة الصحيحة لا تحرم ، فمن تزوج امرأة واختلى بها خلوة صحيحة ثم طلقها حل له أن يتزوج من بنتها .

(٣) حل المطلقة ثلاثا : فدخول الزوج الثاني بالمطلقة ثلاثا يحلها لزوجها الاول ، والخلوة الصحيحة لا تحلها له .

(٤) المراجعة : فمن طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم دخل بها فى عدتها كان مراجعا لهما ، وان اختلى بها فى العدة خلوة صحيحة لا يكون مراجعا لها .

(٥) الطلاق الرجعي : فمن تزوج امرأة ودخل بها دخولا حقيقيا أمكن أن يطلقها طلاقا رجعيا ، وعليه فمن مات من الزوجين فى العدة ورثه الآخر . أما بعد الخلوة الصحيحة فلا يكون الطلاق الا بائنا ، وعليه فمن مات منهما فى العدة لا يرثه الآخر لانقطاع الزوجية بالطلاق البائن .

---

(٢) وكذا تجب العدة مع الخلوة الفاسدة فى بعض الحالات احتياطا، كالخلوة مع وجود المانع الشرعي لان الدخول الحقيقي ممكن فى ذاته .

١٣ - متى يجب للزوجـة نصف المهر ؟ : -

يجب للزوجة نصف المهر المسمى بشروط أربعة :

(١) أن يكون عقد الزواج صحيحا ، فالعقد الفاسد بمجرده لا يجعل للمرأة حقا فى شيء من المهر .

(٢) أن يكون المهر مسمى عند العقد تسمية صحيحة ، فان كانت التسمية بعد العقد ، او كانت مقارنة له ولكنها غير صحيحة ، لا يتنصف المهر وانما تجب المتعة ، كما سيأتي . وعلى هذا لا يتنصف مهر المثل ، ولا يتنصف المهر المفروض للمفوضة بعد العقد وقال الجعفرية يتنصف (١) ، ولا تتنصف الزيادة التى تلحق المهر بعد العقد باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

(٣) أن تقع الفرقـة قبل الدخول «٢» .

(٤) أن تكون الفرقة من جهة الزوج ، سواء أكانت طلاقا أم فسخا كما لو ارتد الزوج عند الاسلام قبل الدخول . ويستثنى من هذا الفرقة بسبب اختيار الزوج الفسخ عند البلوغ أو الافاقية وقبل الدخول ، لان الفرقة هنا نقض للعقد من أصله فكأنه لم يكن حتى يجب به شيء ، ولانه لا فائدة من اثبات حق الفسخ للزوج فى هذه الحالة الا سقوط كل المهر عنه اذ لوجب نصف المهر لاستوى الفسخ والطلاق ، فأى فائدة اذا من اعطائه حق الفسخ ؟

والدليل على وجوب نصف المهر المسمى للمطلقة قبل الدخـول قولـه تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقد النكاح » .

والحكمة فى وجوب نصف المهر فى هذه الحالة : اننا لو نظرنا الى أن الزوج بالفرقة قبل الدخول لم يستمتع بالزوجة ، ولم تقم نحوه بأي واجب من

---

(١) الاحكـام الجعفريـة ص ٢٢ .

(٢) اذا اطلقنا الدخول أردنا به الدخول الحقيقي عند الجعفرية ، وما يعم الحقيقي والحكمي عند الحنفية .

واجبات الزوجية ، لم يجب عليه شيء من المهر • ولو نظرنا الى ان الزوجة ملكت زوجها بالعقد حق الاستمتاع بها ، ولم تمنعه من استيفاء حقه ، وانما هو الذي فوت ذلك على نفسه بايقاع الفرقة من ناحيته ، لو نظرنا الى هذا يجب للزوجة كل المهر • فنظرا لهذين المعنيين ، ومراعاة للجانبين ، أوجب الشارع التوسط ، فجعل للمرأة نصف المسمى ، على أن فى ايجاب نصف المسمى للمطلقة قبل الدخول احسانا لها ، وجبرا لكسرها ، والله يقول « ••• وسرحوهن سراحا جميلا » بل نجد فى آخر الآية التي أوجبت نصف المهر للمطلقة قبل الدخول حثا صريحا على اعطائها النصف الآخر استحبابا حيث يقول سبحانه « ••• وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم » •

وينبغي أن نبين هنا أن نصف المهر الذي يسقط بالطلاق قبل الدخول ، يعود — قبل قبض الزوجة له — الى ملك الزوج من غير حاجة الى تراض أو قضاء ، فله أن يتصرف فيه بما شاء ، ويكون تصرفه نافذا • أما بعد قبض الزوجة له فلا يعود الى ملكه الا بالتراضى ، أو قضاء القاضى ، لان ملك الزوجة للمهر بمقتضى العقد تقوي بقبضها له ، فلا يعود شيء منه الى ملك الزوج الا بواحد من الامرين ، وعلى هذا فتصرفات الزوجة فى كل المهر صحيحة نافذة ، وتصرف الزوج فى النصف الذى يطالب به موقوف على اجازتها أو الحكم به •

وعند الجعفرية : يعود نصف المهر الى ملك الزوج بالطلاق قبل الدخول دون توقف على رضا الزوجة أو قضاء القاضى ، سواء قبل القبض وبعد القبض ، وتصرفات الزوج نافذة بدون توقف على شيء ما دامت العين باقية ، وتصرفات الزوجة نافذة أيضا ما دامت قبل الطلاق •

١٤ — متى تجب المتعة للزوجة : —

تجب المتعة للزوجة فى جميع الحالات التى يجب فيها بالعقد مهر المثل اذاحصلت الفرقة من جهة الزوج قبل الدخول سواء أكانت الفرقة طلاقا أم فسخا •

وقال الجعفرية المتعة فى الطلاق خاصة (١)

والمتعة الواجبة : كسوة كاملة للمرأة ، أو قيمة ذلك من نقود وغيرها . والمعتبر فى المتعة عرف كل بلدة فيما تكتسى به المرأة خارج البيت ، وبه قال الجعفرية ، وعنهم المتعة على الموسر خادم ، وعلى المتوسط ثوب أو مقنعة ، وعلى الفقير خاتم وما أشبهه (٢) .

ولقيمة المتعة حد أعلا ، وحد أدنى ، فحدها الاعلى ألا تزيد على نصف مهر المثل فلا يجب على الزوج اكثر من ذلك . نعم ان زادها على الحد الاعلى بمحض اختياره فلا بأس . وحدها الادنى خمسة دراهم عند الحنفية لانها نصف أقل الواجب شرعا ، فيجب ألا تنقص المتعة عنها .

وهل يراعى فى قيمة المتعة حال الزوج ، أو الزوجة ، أو حالهما معا ؟ أقوال ثلاثة أصحها فى مذهب الحنفية والجعفرية أن يراعى حال الزوج وحده لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » . فالآية فوق صراحتها فى الدلالة على وجوب المتعة لمن هذا حالها، صريحة فى أنه يراعى حال الزوج فى تقديرها ، لانه هو المكلف بها ، ولا يكلف الله نفسا الا وسعها .

والحكمة فى وجوب المتعة : تعويض المرأة عن ايحاشها بالطلاق ، وتخفيف لما تجده من حسرة وألم على فرقة لم تكن بسببها ، ولم يتقرر فيها شيء من المهر .

هذه هي المتعة الواجبة للزوجة ، وهذا ما يتعلق بها . بقى بعد هذا أن المتعة تثبت للزوجة استحبابا لا وجوبا اذا طلقت بعد الدخول فتعطاها زيادة على المهر المسمى ، أو زيادة على مهر المثل . ولا متعة مطلقا للمتوفى عنها

---

(١) مسائل الخلاف جـ٢ ص ٨٨ .

(٢) الاحكام الجعفرية ، للحلى ص ٢٣ ومسائل الخلاف جـ٢ ص ٧٧ .

زوجها ، ولا لمن استحقت نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، وقيل للاخيرة متعة مستحبة .

١٥ — متى يسقط كل المهر ولا يجب شيء للزوجة ؟ : —

يسقط كل المهر ولا يجب للزوجة شيء مطلقا فى ثلاث حالات :

الحالة الاولى : اذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول بسبب من الزوجة ، كما لو ارتدت عن الاسلام ، أو أسلم زوجها وأبت أن تدخل في الاسلام أو فى دين سماوي آخر ، أو اختارت الفسخ بعد البلوغ ، أو اتصلت بأحد أصوله أو فروعه اتصالا غير مشروع ، وقال الجعفرية الاتصال الطارىء لا يفسد الزوجية . وكذا تعتبر الفرقة من جانب الزوجة لو كانت من جهة وليها كما اذا فسخ الزواج بطلب منه لعدم الكفاءة مثلا .

وانما حكم بسقوط كل المهر لان الزوجة فوتت على الزوج حقه ، وحالت بينه وبين استيفاء المعقود عليه ، ولانها لما أقدمت على سبب الفرقة وهي تعلم أن المهر لم يتأكد بعد ، كان ذلك منها امارة تنازلها ع نحقها فى المهر .

الحالة الثالثة : « وهي خاصة بالجعفرية » اذا مات أحد الزوجين قبل الدخول بسبب بلوغه أو فاقته ، وقد تقدم بيان هذ بوضوح .

الحالة الثالثة : « وهي خاصة بالجعفرية » اذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ولم يكن سمى للزوجة مهر عند العقد ولا فرض لها بعده فلا مهر لها ولا متعة .

بقى أن المرأة قد تبرىء الزوج من مهرها فتبرأ ذمته ويسقط حقها فى المهر باسقاطها لا باسقاط الشارع . وكذا لو وهبته له . وبقى أيضا أن عقد الزواج ان كان فاسدا وحصلت المفارقة قبل الدخول ولو بعد الخلوة الصحيحة لايجب شيء من المهر للزوجة لانه ساقط من اول الامر لما تقدم من أن العقد الفاسد بمجرده لا يوجب مهرا للمعقود عليها .

١٦ ـ المهر المقترن بشـرط : ـ

المهر المسمى للزوجة قد يكون مطلقا عن التقييد بشرط ، وحينئذ يجب المسمى كما تقدم • وقد يكون المسمى مقرونا بشرط مقابل بجزء من المهر • وهذا يقع على ثلاث حالات :

الحالة الاولى : اذا تزوج رجل من امرأة بأكثر من مهر مثلها ، واشترط فى مقابلة هذه الزيادة وصفا مرغوبا له ، كأن كان مهر مثلها مائة دينار فجعلـه مائتين على شرط أن تكون بكرا أو جميلة مثلا ، فان تحقـق الوصف لزمـه المائتان • وان لم يتحقق الوصف لزمه مهر المثل فقط وهو المائة ، وذلك لانـه جعل الزيادة فى نظير تحقق الوصف ، وحيث لم يتحقق سقط ما يقابله مـن الزيادة ووجب مهر المثل •

الحالة الثانية : اذا تزوج رجل امرأة بأقل من مهر مثلها واشترط فى مقابلة هذا النقصان أن يقوم لها أو لاحد محارمها بمصلحة مشروعة ، كأن يكون مهر مثلها مائة دينار مثلا فجعله خمسين على شرط ألا يتزوج عليها ، أو الا يسافر بها ، أو على أن يوظف أباها أو أخاها ، فان وفى لها بالشرط لزم المسمى وهو الخمسون ، وان لم يوف بما شرط كان لها مهر المثل وهو المائة ، لانها رضيت بالخمسين مع المنفعة فان لم تتحقق المنفعة فات رضاها بالخمسين وثبت حقهـا فى مهر المثل •

أما انكانت المنفعة المشروطة غير مشروعة ، كأن اشترطت عليه ألا يمنعها من التردد على دور اللهو والمراقص ، فليس لها عند عدم الوفاء بالشرط غير المسمى وهو الخمسون ، لان غير المشروع لا يجوز للمسلم أن ينتفع به فلم يكن مقابلا بمال فكان الشرط غير داخل فى المهر من المبدأ فتجب الخمسون فقط لانها هي المعتبرة فى التسمية شرعا •

وان كانت المنفعة تعود على غير ذي رحم لها فليس لها أيضا سـوى المسمى لان المنفعة لا تكون حينئذ مقصودة لها فلا تقابل بعوض •

الحالة الثالثة : اذا تزوجها وسمى لها مهرا مائتين مثلا ان كانت بكرا أو متعلمة ، ومائة ان كانت ثيبا أو غير متعلمة . صحت التسمية فى الحالتين ، ووجبت المائتان عند تحقق الشرط الاول ، والمائة عند تحقق الثاني على المفتى به من رأي أبي يوسف ومحمد ، وهو مذهب الجعفرية . وقال أبو حنيفة ان تحقق الشرط الاول وجب المسمى معه ، وان لم يتحقق وجب مهر المثل بحيث لا يزيد على مائة ، لان الشرط الثانى ورد بعد الاول فلم يصادف محلا وكان فاسدا . وقال زفر التسمية فاسدة فى الحالتين لانها لما ترددت بين شرطين كانت مجهولة ، ومع الجهالة يجب مهر المثل غير أنه لا يزيد على مائتين لان الزوجة رضيت بها ، ولا يقل عن مائة لان الزوج رضى بها .

١٧ — قبض المهر والتصرف فيه : —

عرفنا أن المهر حق الزوجة ، لذا كان لها وحدها حق قبضه بنفسها أو بواسطة وكيلها (١) ان كانت بالغة عاقلة رشيدة ، فان كانت قاصرة تولى قبض مهرها من له الولاية على مالها (٢) فان سلم الزوج المهر لغير ولي المال ولو كان وليا عنها فى الزواج لم تبرأ ذمته ، وكان للزوجة عند تحقق اهليتها ان تطالب زوجها بالمهر وهو يرجع به على من سلمه اياه .

والمهر حق مالى للزوجة فلها ان تتصرف فيه بأى نوع من انواع التصرفات المشروعة ، وليس لاحد ما حق فى معارضتها ما دامت من أهل التصرفات ، فان كانت غير رشيدة حجر عليها ، وكان حق التصرف فى المهر لولى المال

---

(١) لابد فى الوكالة بقبض المهر من تصريح الثيب ، ويكتفى من البكر بالسكوت . فحيث سكتت ولم يكن منها نهى صريح عن قبض المهر كان سكوتها اذنا بالقبض .

(٢) الولى على مال القاصر هو الاب ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه . والولى تارة يكون وليا على النفس والمال معا كالاب ، وتارة يكون وليا على النفس فقط كالاخ الذي لم ينصب وصيا ، وتارة يكون وليا على المال فقط كالوصي .

دون غيره •

ثم أن الزوجة لو وهبت كل مهرها أو بعضه للزوج ثم طلقها بعد الدخول فليس لها أن ترجع عليه بشيء باتفاق بين الحنفية والجعفرية •

واذا كان المهر مما يتعين بالتعيين كدار معلومة فوهبتها له أو وهبت نصفها قبل القبض أو بعده ثم طلقها قبل الدخول ، فليس له مطالبتها بشيء لانه بالطلاق قبل الدخول يستحق نصف الدار وقد عاد له بطريق الهبة • ولا يلتفت الى كون سبب وصول الحق اليه وهو الهبة مغايرا لسبب الاستحقاق وهو الطلاق ، لان اختلاف السبب لا يضر ما دام عين الحق قد وصل الى صاحبه •

واذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين كمائة دينار مثلا أو عشرة قناطير من القطن غير معينة وقبل قبض المهر وهبته له أو وهبت نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول ، فليس له مطالبتها بشيء ، لانه بالطلاق قبل الدخول وقبل القبض يستحق براءة ذمته من نصف المهر وقد تم ذلك بالهبة •

واذا كان المهر مما لا يتعين بالتعيين فوهبته له بعد قبضها اياه ثم طلقها الزوج قبل الدخول كان له حق مطالبتها برد نصف المهر ، لان ما وهبته له ليس عين ما سلمه لها ، فتعتبر كأنها وهبته شيئا آخر لا صلة له بالمهر •

وعند الجعفرية اذا وهبت الزوجة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه ثم طلقها قبل الدخول فله الرجوع عليها بنصفه مطلقا فلو لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبت الكل فى الاولى أو ما بقي وهو النصف فى الثانية فله الرجوع أيضا

١٨ ــ ضمان المهر : ــ

اذا لم تقبض الزوجة مهرها كان لها أن تستوثق من استيفائه بأخذرهن به ، أو كفيل يضمنه لها • وفى الكفالة يجوز أن يكون الكفيل قريبا ولو كان أبا الزوج أو أبا الزوجة غير أنه لما كانت الكفالة تعتبر تبرعا للمكفول له والمكفول عنه كان لا بد لنا من التفصيل الآتي :

(١) اذا كان الكفيل قد تكفل بالمهر فى حالة صحته صحت الكفالة ،

سواء أكان كل من الزوجين أو أحدهما وأرثا للكفيل أم غير وارث ، وسواء أكان المهر أقل من ثلث تركة الكفيل أم اكثر من الثلث .

(٢) اذا كان الكفيل قد تكفل فى مرض موته وكان كل من الزوجين غير وارث له صحت الكفالة بالمهر ان كان فى حدود ثلث تركة الكفيل ، وما زاد على الثلث لا تصح الكفالة به الا اذا اقرها الورثة ، وذلك لان الكفالة تبرع ـ كما قلنا ـ والتبرع فى مرض الموت وصية ، والوصية تنفذ فى حدود الثلث فقط وما زاد على الثلث لا ينفذ الا برضا الورثة .

(٣) اذا كان الكفيل قد تكفل فى مرض موته وكان أحد الزوجين أو كلاهما من ورثته لا تصح الكفالة مطلقا الا برضا الورثة ، لان الكفالة فى مرض الموت وصية ولا تصح الوصية لوارث . والجعفرية يرون صحة الكفالة فى هذه الصورة ما دام المهر فى حدود ثلث التركة بناء على ما ذهبوا اليه من صحة الوصية للوارث (١) .

ثم أنه اذا صحت الكفالة برضا الكفيل والمكفول له ، كان للزوجة حق مطالبة كل من الزوج والكفيل ، لان الكفالة بمعناها الشرعي ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة . وقال الجعفرية للزوجة مطالبة الكفيل وليس لها حق فى مطالبة المكفول عنه وهو الزوج ، لان الكفالة عندهم انتقال الدين من ذمة المكفول عنه الى ذمة الكفيل «١» . وعلى هذا اذا أدى الزوج المهر للزوجة برئت ذمته ، وسقط حق الزوجة فى مطالبة الكفيل .

واذا أداه الكفيل وكان الزوج أجنبيا عنه أو ابنا له ليس فى ولايته فان كان قد تكفل باذنه رجع عليه بما أدى ، وان كان قد تكفل بغير اذنه

---

(١) فى مصر صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو خاص بتنظيم احكام الوصية، وفيه أن الوصية تجوز للوارث كما تجوز لغير الوارث ، وبمقتضى هذا القانون يكون العمل فى مصر الآن مخالفا لمذهب الحنفية وموافقا لمذهب الجعفرية .

(١) مسائل الخلاف جا ص ٢٤٤ .

لا يرجع بشيء لانه يعتبر متبرعا .

واذا أداه الكفيل عن الزوج وكان الزوج ابنا له فى ولايته فليس له حق الرجوع عليه غنيا كان الابن أو فقيرا ، الا اذا أشهد الاب عند الكفالة أو الاداء أنه سيرجع عليه ، وذلك لان العرف جرى على أن يتبرع الآباء بمهور الابناء ، فيكون الاداء مع عدم الاشهاد على الرجوع أمارة التبرع .

واذا مات الاب قبل الاداء - فى حالة اعتباره متبرعا بما تكفل به - كان للزوجة أخذ مهرها من تركته ، ولباقي الورثة حق الرجوع على الزوج فى نصيبه من ميراث أبيه .

واذا كان الكفيل عن الصغير غير الاب رجع على الصغير بما أدى أشهد أو لم يشهد ، لان غير الاب لا يتبرع بالمهر عادة .

ثم ما الحكم فيما لو زوج الاب ابنه الصغير أو من فى حكمه بمقتضى ولايته عليه ولم يتكفل بالمهر عنه ؟ هل يطالب الاب بالمهر ؟ وهل يعد ضامنا له باقدامه على تزويجه ؟ .

الجواب : ان كان للابن مال كان للزوجة أن تطالب أباه بأن يدفع لها مهرها من مال ابنه ، وكان على الاب أن يؤديه لها من مال الابن بمقتضى ولايته عليه فى ماله . وهذا باتفاق .

وان لم يكن للابن مال ، فالراجح من مذهب الحنفية أن المهر يلزم ذمة الزوج وليس للزوجة أن تطالب الاب بمهرها لانه ليس أصيلا وانما هو عاقد وحقوق الزواج - ومنها المهر - ترجع الى الاصيل وهو الزوج كما علمت من قبل . وكذلك ليس الاب كفيلا حتى تطالبه بمقتضى الكفالة لانه لم يوجد منه ما يدل على كفالته بالمهر صراحة أو ضمنا .

وذهب المالكية والشافعية والجعفرية والامام أحمد فى رواية عنه الى أن الاب اذا تولى تزويج ابنه الفقير صغيرا أو كبيرا كان مطالبا بالمهر لان

الزوجة أو أولياءها ما رضوا زواجه مع فقره الا من أجل أبيـه فكان الاب مسئولا عرفا عن المهر ، والعرف جرى بان الآباء يتحملون مهور الابناء ، وبأن الابن يعتبر قادرا بقدرة أبيه . قالوا : وما أداه الاب فى هذه الحالة لا يرجع به على ابنه لانه بمنزلة ماينفقه عليه، فهو متبرع لايحق له الرجوع به حتى ولو بعد يسـار الابن .

ونرى أن ما ذهب اليه المالكية ومن وافقهم أقوى حجة، وأولى بالاختيار مما ذهب اليه الحنفيـة .

١٩ ـ هلاك المهر واستهلاكه : ـ

اذا كان المهر معينـا فى العقد مثليا أو قيميا ـ فقبضته الزوجة ثم هلك بآفة سماوية أو بفعل نفسه أو استهلكته الزوجة فهلاكه عليها ، ولا ترجـع على الزوج بشىء ، لانه هلك عـلى ملكها وفى يدها ، وذمـة الزوج برئت بتسـليم المهر لهـا . وان استهلكه الزوج أو اجنبي رجعت بمثله أو بقيمتـه على المستهلك منهما لأن من أتلف ملك غيره لزمه ضمانة .

أما قبل قبض الزوجة له، فان هلك أو استهلكه الزوج فضمانه عليـه ، لان ذمته لا تبرأ مـن ضمانة الا بالتسليم . وان استهلكته الزوجة فلا ترجع على الزوج بشـىء ، لانها ستوفت حقها باهلاكها له . وان استهلكه أجنبي فالزوجة بالخيار ، ان شاءت رجعت على المستهلك ، وان شاءت رجعت عـلى الزوج وهو يرجع على المستهلك (١) .

---

(١) فرضنا هلاك المهر واستهلاكه فى المتعين بالتعيين لانه هو الذي تجري فيه هذه الاحكام اما غير المتعين كمائة دينار وعشرة قناطير من القطن بدون تعيين لعشرة بذاتها فلا تجري فيه هذه الاحكام لان حق المراة لم يتعلق بشىء بعينه حتى يقال انه هلك أو استهلك وانما تعلق حقها بذمـة الزوج فلا تبرأ منه الا بالاداء أو الابـراء .

٢٠ ــ استحقاق المهر : ــ

اذا كان المهر معينا فاستحق كله بأن تبين انه ملك لغير الزوج ، فعلى الزوج ضمان مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا ، ولا فرق فى هذا بين كون الاستحقاق قبل القبض أو بعده .

أما ان استحق بعض المهر كنصفه مثلا ، فان كان المهر مثليا أخذت النصف الذي لم يستحق ورجعت بمثل النصف المستحق على الزوج . وان كان قيميا كدار مثلا ، فهي بالخيار ، ان شاءت أخذت نصفها ورجعت بقيمة النصف الآخر على الزوج وكانت شريكة للمستحق ، وان شاءت أخذت كل قيمة الدار وتركتها لان الشركة هنا عيب طارىء وقد لاترضى به . هذا ان كان حقها فى المهر كله ، أما ان كان حقها فى نصف المهر فقط ، كأن طلقها قبل الدخول، فليس لها الا نصف الدار وتكون شريكة للمستحق لان الشركة حاصلة على أية حال استحق النصف أو لم يستحق ، فلم يكن عيب الشركة طارئا حتى يثبت لها الخيار .

٢١ ــ زيادة المهر ونقصانه : ــ

المراد بزيادة المهر ، ما يحدث فيه من نماء وولادة ونحوهما والمراد بالنقصان، ما يطرأ عليه من عيب كهزال الدابة، وتصدع الدار . وهذا غير ما تقدم من زيادة الزوج على أصل المهر المسمى، أو حط الزوجة منه . واليك حكم كل من الزيادة والنقصان :

حكم الزيادة :

الزيادة الطارئة على المهر تارة تكون متصلة غير متولدة كالبناء في الارض، وتارة تكون متصلة متولدة كسمن الحيوان، وتارة تكون منفصلة غير متولدة كأجرة الدار، وتارة تكون منفصلة متولدة كولد الحيوان .

أما الزيادة المتصلة غير المتولدة، فهي لمن انشأها، ولا تلتحق بالمهر بحال .
وأما باقي الزيادات، وهي الثلاثة الاخيرة فحكمها ما يلي :

اذا حصلت الزيادة فى المهر قبل قبضه، فان كان قد تقرر كل المهر للزوجة بالدخول أو غيره، كانت كل الزيادة لها لانها نماء ملكها . وان كان قد تقرر نصف المهر ، بان طلقها قبل الدخول، كانت الزيادة مناصفة بين الزوجين لانها نماء ملكهما . وان سقط حق الزوجة فى المهر كله، بأن كانت الفرقة بسببها ، كانت الزيادة كلها للزوج لانها نماء ملكه . «[1]»

أما اذا حصلت الزيادة فى المهر بعد قبضه، فهي للزوجة خاصة سواء تقرر كل المهر، أم نصفه، أم سقط كله «[2]»، لان الزيادة حصلت بعد ما تقوت ملكية الزوجة للمهر بالقبض، ولانه بالقبض دخل فى ضمانها، فكما يكون هلاكه عليها يكون نماؤه لها ، لان الخراج بالضمان .

هذا هو الراجح من مذهب الحنفية . أما الجعفرية فقالوا ان الزيادة الطارئة على المهر ان كانت حاصلة قبل الطلاق تكون للزوجة خاصة ، وان كانت حاصلة بعد الطلاق فهي بين الزوجين مناصفة .

حكم النقصان :

أما النقصان ، فان كان طارئا على المهر قبل قبضه ، وكان شيئا يسيرا اغتفر لانه يتسامح فيه عادة . وان كان النقصان فاحشا ولم يكن لاحد دخل فيه ، فللزوجة الخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية وبين أخذه على حاله دون أن يكون لها حق في الرجوع على الزوج بقيمة النقصان لانه لم يكن بسبب منه . وان حدث النقصان بفعل الزوج، فالزوجة بالخيار بين أخذ قيمته يوم التسمية وبين أخذه على حاله مع رجوعها على الزوج بقيمة النقصان حيث كان بسبب

---

(١) مذهب ابي حنيفة فى الزيادة المنفصلة غير المتولدة كغلة الدار ، انها كلها للزوجة على اية حال .

(٢) فى حالة عودة نصف المهر أو كله للزوج، ان كانت الزيادة متولدة متصلة كسمن الحيوان يتعذر رد نصف المهر أو كله للزوج بدون الزيادة التي هى حق الزوجة لذا كان الواجب رد قيمة النصف او قيمة الكل يوم تسليم المهر للزوجة على الراجح . وكذا الحكم مع الزيادة المتصلة غير المتولدة ، وكذا المنفصلة المتولدة وما في حكمها كضمان النقصان .

منه • وان حدث النقصان بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار بين أخذ قيمتـه يوم التسمية والزوج يرجع بقيمة النقصان عـلى الاجنبي، وبين أن تأخذه بحاله وترجع هي بقيمة النقصان على الاجنبي دون الزوج لان ضمان المتلفات على المتلف خاصة • وان حدث النقصان بفعل الزوجة فليس لها حق الرجوع على أحد • هذا كله لو تأكد حق الزوجة فى كل المهر، أما لو استحقت نصفه فقط فكذلك يثبت لها كل الخيارات المتقدمـة •

وأما ان كان النقصان طارئا على المهر بعد قبضه، فان تأكد حق الزوجة فى المهر كله فلا ترجع الزوجة بالضمان الا على المتسبب فى النقصان • وان تقرر لها نصف المهر ، فان كان النقصان لا دخل لاحد فيه فالزوج بالخيـار بين أن يرجع على الزوجة بنصف قيمة المهر يوم قبضها له، وبين أن يأخذ نصفه عـلى حاله دون أن يضمنها قيمة النقصان حيث لم تكن متعدية • وان كان النقصان بفعل الزوجـة فالحكم كما تقدم، لان المهر بالقبض دخل فى ملكها، وتصرف الانسان فى ملكه لا يكون تعديا • وان كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعـل الزوج فليس للزوج الا قيمة النصف يوم قبضه، «١» وللزوجة حق الرجوع بقيمـة النقصان على الاجنبي أو الزوج، لان الزوج بعد تسليم المهر هـو والاجنبي سواء فى حكم التعدى عليه ــ هذا كله اذا وقع النقصان بعد القبض وقبـل الطـلاق ، أو بعـد القبض وبعـد الطـلاق قبـل الحكـم برد النصـف • أما اذا حصـل بعـد القبض وبعـد الطـلاق والحكـم بالرد استرد الزوج نصف الاصل وضمنها نصف قيمـة النقصان سواء أكان النقصان بآفة سماوية أم بتعد منها، أم بتعد منه، وذلك لان الطلاق لما كـان قبـل النقصان كان حق الزوج فى النصف سالما مـن النقصان • أما اذا كان النقصان بفعل أجنبي فللزوج نصف قيمة المهر يوم القبض، وضمن الاجنبي كل النقصـان للزوجـة «٢» ••

---

(١) لان الاجنبي ومن فى حكمه اذا ضمن النقصان كان ما يضمنه كالزيادة المنفصلة المتولدة لانـه بدل جزء مـن العين فيمنـع تنصيف الاصل بالطـلاق قبـل الدخـول .

(٢) انظر فتح القدير جـ٢ ص ٤٥٥ ــ ٤٥٨ . والبدائع جـ٢ ص ٢٩٩ــ٣٠٢ .

٢٢ ـ قضـايا المهر : ـ

قبل الكلام عن قضايا المهر يجدر بنا أن ننبه الى بعض الاصول الشرعية المقررة حتى يتيسر لنا أن نسير فى مباحث قضايا المهر على بينـة ووضوح ، فنقـــول :

(أولا) ـ كل دعوى مستحيلة ، أو ينكرها العقل والعرف لا تقبل .

(ثانيا) ـ البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر، فمن ادعى دعوى عليه اثباتها بالبينة، فان عجز وجهت اليمين الى المنكـر .

(ثالثا) ـ البينات تقام على خلاف الظاهر، لان من لا يشهد له الظاهر يعتبر مدعيا فيطالب بالبينة، ومن يشهد له الظاهر يعتبر منكرا فيطالب باليمين .

اذا علمت هـذا ، فاعلم أن قضايا المهر كثيرة غير محصورة، لذا نقصر البحث على أكثرها وقوعا بين الناس ، وهي قضايا المسائل الآتية :

(آ) الاختلاف فى قبض المهر (ب) الاختلاف فى أصل التسمية (ج) الاختلاف فى مقدار المسمى (د) الاختلاف فى مهر السر ومهر العلانية (هـ) الاختلاف فيما قدمه الزوج للزوجة ، أهو من المهر أم هدية ؟ ـ واليك التفصيل :

(آ) ـ الاختلاف فى قبض المهر :

الاختلاف فى قبض المهر قد يقع قبل الدخول، وقد يقع بعده . فان وقع قبل الدخول ، بأن ادعى الزوج أنه سلم الزوجة كل المعجل أو بعضه وهي تنكر ذلك قبلت دعواه وعليه اثباتها بالبينة، فان عجز عنها وجهت اليمين اليها فان حلفت سقطت دعواه، وان نكلت حكم له بما ادعى .

وان وقع الاختلاف بعد الدخول، فان ادعت الزوجة أنها لم تقبض شيئا مـن المهر وهو ينكر ذلك ويدعى أنه سلمها معجل مهرها، رفضت دعـوى الزوجة، لان العرف يكذبها حيث جرت عادة الناس أن لا تزف الزوجة الا بعد قبض مقـدم مهرهـا . نعم ان كان العرف على خلاف ذلك قبلت دعواها ، وعلى الزوج أن يقيم البينة على دعواه التسليم، فان عجز عنها فالقول للزوجة مع يمينهـا .

وان ادعت أنه سلمها بعض معجل المهر وهو ينكر ذلك ويدعى أنه سلمها المعجل كله، قبلت دعواها وعليه أن يقيم البينة على دعواه فان أقامها قضى له بما ادعى وان عجز فالقول قولها مع يمينها، وان نكلت حكم بما ادعاه الزوج . هذا ولا فرق فى كل ما تقدم بين كون الاختلاف بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثة كل منهما . وفى كل ما تقدم ترد اليمين على المدعى عند نكول المنكر عند الجعفرية .

(ب) ـ الاختلاف فى أصل التسمية :

اذا وقع الاختلاف بين الزوجين فى أصل التسمية فادعى أحدهما تسمية معلومة كمائة دينار مثلا، وأنكر الآخر وجود التسمية بالكلية، فان أثبت مدعى التسمية دعواه بالبينة حكم بها، وان عجز وجهت اليمين الى المنكر، فان نكل ثبتت التسمية، وان حلف قضى بمهر المثل بشرط ألا يزيد على مائة ان كان مدعى التسمية هو الزوجة، ولا ينقص عنها ان كان مدعى التسمية هو الزوج. وانما يقضى بمهر المثل فى هذه الحالة لان مدعى التسمية عجز عن اثباتها، ومنكرها حلف على عدم وجودها فلم تثبت، وحيث لم تثبت يرجع الى الاصل وهو مهر المثل . هذا اذا وقع الاختلاف حال قيام الزوجية، أو بعد زوالها وتأكد حق الزوجة فى المهر كله . أما اذا وقع الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول فان ثبتت التسمية كان للزوجة نصف المسمى وان لم تثبت كان لها المتعة لا تزيد على نصف المسمى ان كانت الزوجة هي المدعية للتسمية ولا تنقص عن نصفه ان كان الزوج هو المدعي .

واذا وقع الاختلاف فى التسمية وعدمها بين أحد الزوجين وورثة الآخر فالحكم عين ما تقدم . والجعفرية كالحنفية فى كل ما تقدم الا أنهم يردون اليمين على المدعى عند نكول المنكر .

واذا وقع الاختلاف بين ورثة الزوجين فكذلك الحكم عند أبي يوسف ومحمد والجعفرية . وقال أبو حنيفة : ان ثبتت التسمية حكم بها، وان لم

تثبت فالقول لمن ينكرها مع يمينه ، ثم لا يقضي بشيء لورثة الزوجة لان التسمية لم تثبت، ومهر المثل ساقط الاعتبار لتعذر معرفته، لان موت الزوجين معناه موت أقرانهما وتقادم العهد، ولأنا لو أجزنا القضاء بمهر المثل للورثة لأجزناه لورثة الورثة ... وهكذا يلزم التسلسل ويتبعه اشتداد تقادم العهد وعدم امكان الوقوف على مهر المثل . هذا رأي أبي حنيفة رحمه الله ، ولكن يظهر أن هذا مفروض فى الموت الذي طال عليه العهد، أما الموت القريب الذي لا يتعذر معه معرفة مهر المثل كموت الزوجين فى شبابهما فالظاهر أن يكون الحكم عند أبي حنيفة كالحكم عند صاحبيه وان كان ظاهر عبارات بعض الكتب لا تفرق بين تقادم العهد وعدم تقادمه «[1]» .

(ج) ـ الاختلاف فى مقدار المسمى :

اذا اختلف الزوجان فى قدر المسمى فأدعت الزوجة أن المسمى مائة دينار مثلا وادعى الزوج أن المسمى خمسين فقط، فذهب أبو يوسف الى أن الزوجة تدعى الزيادة والزوج ينكرها، واذاً فعلى الزوجة أن تقيم البينة لاثبات دعواها فان أقامتها حكم لها بما ادعت، وان عجزت طواب الزوج باليمين فان نكل ثبت ما ادعته الزوجة، وان حلف حكم بما ادعاه الا أن يكون ما ادعاه شيئا تافها لا يتصور أن يكون مهرا لمثلها، وحينئذ يقضي لها بمهر المثل بشرط ألا يزيد على ما تدعيه . وهذا ايضا رأي الجعفرية ويقولون برد اليمين على المدعى عند نكول المنكر .

وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أن كلا منهما يعتبر مدعيا ومنكرا ، فالزوج يدعى أن مهرها خمسون، وأنه يلزمها الدخول فى طاعته بايفائها المعجل ، وينكر الزيادة التي تدعيها الزوجة ، والزوجة تدعى الزيادة وتنكر أن له الحق في ادخالها فى طاعته حتى يوفيها لها أو ما اشترط تعجيله منها . وعلى هذا فمن أقام منهما البينة على دعواه قضى له، وان أقاماها جميعا يحكم مهر المثل فان

---

(١) انظر فتح القدير ج٢ ص ٤٧٨ ـ ٤٧٩ .

كان يشهد للزوجة — بأن كان مساويا لما قالته أو قريبا منه — قبلت بينة الزوج. وان كان مهر المثل يشهد للزوج قبلت بينة الزوجة، لان البينات تقام على خلاف الظاهر — كما قلنا — والظاهر هنا هو مهر المثل فالبينة التي تخالفه هي المقبولة . وان كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما بأن كان وسطا بين ما يدعيه الزوج وما تدعيه الزوجة تعارضت البينتان فيحكم بسقوطهما ويقضي بمهر المثل . وان لم يكن لاحدهما بينة فالقول قول من يشهد له الظاهر — وهو مهر المثل — فان كان لا يشهد لواحد منهما وجهت اليمين الى كل منهما ليحلف على نفي دعوى الآخر واثبات دعواه، فان حلفا جميعا أو نكلا جميعا حكم بمهر المثل، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى لمن حلف على من نكل .

هذا هو الحكم عند اختلاف الزوجين فى قدر المسمى، وهو نفس الحكم فيما لو كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر، وكذا هو نفس الحكم فيما لو كان الخلاف بين ورثة الزوجين، الا أن أبا حنيفة رحمه الله يرى — عندما يكون الخلاف بين ورثة الزوجين — أنه لا يحكم مهر المثل ، ولا يحكم به لما عرفت من مذهبه — وفى كل ماتقدم يجري العمل والفتوى على رأي أبي يوسف.

وذهب الجعفرية الى أنه اذا اختلف ورثة الزوجين فى قدر المسمى فالقول لورثة الزوج ويلزمهم ما يعترفون به .

(د) — الاختلاف فى مهر السر ومهر العلانية :

يحدث فى كثير من الاحيان أن يتفق الزوجان على مهر فى السر ويعلنا عن مهر أكثر منه رياءً وسمعة . وفى هذه الحالة قد يجري العقد فى العلانية فقط، وقد يجري فى السر فقط، وقد يجري فى السر مرة و فى العلن اخرى، وعلى كل قد يكون مهر السر والعلن من جنس واحد كالدنانير، وقد يكونا من جنسين كدنانير فى السر، ودارٍ معينة فى العلن ،وعلى كل قد يقع الاتفاق بين الزوجين على أن مهر السر للسمعة فقط، وقد يختلفان، أي المهرين هو المعتبر ؟ — واليك حكم ذلك كله :

(أولا) حكم المهر ان أجرى العقد على مهر العلانية فقط :

ان اتفق الزوجان في السر على مهر دون اجراء العقد، ثم تعاقدا في العلانية على أكثر ، وكان جنس المهر واحدا في الحالتين، فان اتفقا على أن مهر السر للسمعة فالمهر مهر السر ويعتبر مذكورا عند العقد ضمنا لاتحاد الجنس . وان اختلفا فالمهر مهر العلن ما لم يبرهن الزوج على أن الزيادة للسمعة

وان اختلف جنس المهر، فان اتفقا على أن مهر السر للسمعة فالواجب مهر المثل، لان مهر السر لم يذكر عند العقد فلا يكون معتبرا، وما ذكر عند العقد لم يتفق عليه فلا يكون معتبرا كذلك فيصار الى الاصل وهو مهر المثل . وان اختلفا فالقول قول الزوجة ويحكم بالمسمى عند العقد . وان اتفقا سرا بلا عقد على أن المهر مائة دينار ثم تعاقدا في العلانية على أن لا مهر فالمهر ماذكر في السر، لانه لم يوجد ما يوجب الاعراض عنه . أما ما يحدث في بعض الاحيان من اتفاق على مهر في السر ثم يجري العقد علنا على مهر أقل تهربا من الرسوم المقررة مثلا فالاشبه أن يحكم في هذه الحالة بمهر السر أيضا .

(ثانيا) حكم المهر ان أجرى العقد على مهر في السر ثم أعلنا بلا عقد مهرا اكثر :

الحكم في هذه الحالة : أنهما ان اتفقا على أن ما أعلناه للسمعة فالمهر مهر السر . وان اختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيما أعلناه ويحكم بمهر العلانية ألا أن يكون الزوج قد أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن مهرها هو ما ذكر سرا واقام البينة على ذلك فيحكم بمهر السر .

(ثالثا) حكم المهر ان اجرى العقد على مهر في السر ، ثم اجرى على مهر أكثر في العلن :

اذا تعاقد الزوجان في السر على مهر، ثم تعاقدا ثانيا على مهر اكثر منه ، فان اتفقا أو أشهدا أن الزيادة سمعة ، فالمهر ما ذكر عند العقد في السر . وان لم يشهدا واختلفا، فعند أبي يوسف والجعفرية، المهر مهر السر وهو ما ذكر في

العقد الاول ، لانه وقع صحيحا ، والعقد الثاني بعد الاول لغو . وعند أبي حنيفة ومحمد، المهر هو مهر العلن وهو ما ذكر فى العقد الثاني، ويعتبر كأنه غير كلامه وزادها على المهر الاول من جنسه أو من غير جنسه «١» .

(هـ) ــ الاختلاف فيما قدمه الزوج للزوجة، أهو مهر أم هدية ؟ : ــ

اذا أعطى الزوج زوجته قبل الزفاف أو بعده شيئا من النقود، أو الحلى أو الثياب، ولم يذكر وقت اعطائه لها أنه هدية أو مـن المهر، ثم اختلفا بعد ذلك، فالزوجة تقول هو هدية، والزوج يقول هو من المهر ، فأيهما أقام البينة على دعواه قضى له بها . وان أقاماها جميعا قدمت بينـة الزوجة لانها تثبت خلاف الظاهر، اذ الظاهر مع الزوج لان الانسان يعمل أولا لاسقاط ما فـي ذمته . وان عجزا جميعا عن البينة حكمنا العرف فيكون القول قول الزوجـة مع يمينها فيما يجري العرف باهدائه، ويكون القول قول الزوج مع يمينـه فيما لم يجر العرف باهدائه . وان اشتبه العرف وتعذر تحكيمه، كان القول قول الزوج مع يمينه لانه هو المعطى فيرجع اليه فى بيان غرضه من الاعطاء ، ولان الظاهر أنه يريد اسقاط ما فى ذمته .

---

(١) هذا راي ذكره ووجهه صاحب فتح القدير ، وذكر ايضا نقولا عن ابي حنيفة تدل عـلى انه يرى المهر مجموع ما ذكـر فى العقدين ، اتحـد الجنس او اختلف ، وقال فى الفتح تمهيدا لهذه النقول (... ويخال ايضا أنه يجب الالفان « يريد المذكورة فى العقد الثاني » مع الالف « يريد المذكورة فى العقـــد الاول » فتجتمع عليه ثلاثة ، لان الاول قد ثبت ثبوتا لا مرد له ، والمفروض له كون الثانى زيادة فيجب بكماله مع الاول » ــ وفى حاشية ابن عابدين « المهر هـو الثانى ويكون جميعه زيادة على الاول لو من خلاف جنسه ، والا فالزيادة بقدر ما زاد على الاول » ــ وفى الحق ان هذه المسالة اضطربت فيها النقول ونسبة الاقوال لائمة الحنفية ، وقد اخترنا ما ذكرناه من بين هذه الآراء ، لانه هو الانسـب فـي راينا ــ راجع فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ــ٤٤٥ وراجع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٨ــ٥٠٩ .

واذا ثبت أن ما أرسله الزوج من المهر، فان كان من جنسه وقعت المقاصة. وان كان من غير جنسه وكان باقيا فهي بالخيار، ان شاءت ردته واستوفت مهرها كاملا، وان شاءت احتسبته من مهرها واستوفت الباقي . وان كان هالكا ، فان كان مثليا فلها أن ترد مثله وتأخذ مهرها، وان كان قيميا احتسبت قيمته من المهر ورجعت على الزوج بالباقي .

٢٣ ـ الجهاز وقضاياه :ـ

أ ـ هل تلزم الزوجة بالجهاز ؟

علمت فيما تقدم أن المهر ملك الزوجة تتصرف فيه كيف تشاء ما دامت رشيدة ، وعلمت أن المهر حق مشروع لها جعل فى مقابلة البضع اظهارا لشرف المحل وصونا لها عن الابتذال، وعلى هذا فليس المهر فى مقابلة جهاز تعده الزوجة وتزف به الى زوجها، وما دام الامر كذلك فليس من الواجب على الزوجة أن تقوم أو يقوم وليها بتجهيز بيت الزوجية، وليس لاحد أن يجبرها على ذلك ، وانما على الزوج وحده أن يقوم باعداد ما يلزم من متاع، لان النفقة عليه ومنها المسكن وما يلزمه من متاع .

نعم ، قد تقوم المرأة أو وليها باعداد الجهاز، وما يلزم من أثاث وأدوات، والعرف جار بهذا بين الناس، والمرأة بذلك متبرعة، والمتاع ملكها، وليس للزوج حق الانتفاع به الا باذن منها .

ولكن قد يحدث أن يقدم الزوج للزوجة بعد الاتفاق على المهر قدرا من المال فوق مهرها، ويصرح بأن هذا فى نظير اعداد الجهاز ، وحينئذ تكون ملزمة بالجهاز فى حدود ما زادها على المهر، وان لم تنفذ كان له الحق فى أن يسترد ما أعطى، وكان عليها أن ترده اليه الا اذا سكت بعد الزفاف عن المطالبة مدة تدل على رضاه فانه يسقط حقه ولا يخاصم فيه .

وقد يحدث أن يبالغ الزوج فى المهر ويزيده عن مهر المثل، ويقصد من وراء هذا أن تقوم الزوجة باعداد الجهاز أو باعداد جهاز على حالة خاصة دون أن يفصل الزيادة عن المهر، وهنا يختلف فقهاء الحنفية ففريق يقول : لا يجب

عليهـــا اعداد الجهاز ، لان المهر ــ بالغا ما بلغ ــ حق الزوجة لا فى مقابلـــة الجهاز ، وهذا مذهب الجعفرية • وفريق آخر يقـــول بل تلزم الزوجة باعداد الجهاز فى حدود الزيادة لانه مازادها فى مهرها الا من أجل أن تقوم بالجهاز من جانبها ، فان لم تفعل كان لها مهر المثل فقط، وهـــذا نظير ما لو زادها عن مهر مثلها نظير وصف مرغوب فيه، فان وجد الوصف كان لها المسمى، وان تخلف كان لها مهر المثل لا غـــير •

هذا مذهب الحنفية والجعفرية • أما المالكية فيرون أن الزوجة الرشيدة التي لها قبض مهرها اذا قبضت الحال منه قبل بناء الزوج بها، فانه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو ، حتى لو كان العرف شراء خادم أو دار لزمها ذلك ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه، فان دخل بها قبل القبض فلا يلزمها التجهز الا اذا كان هناك شرط أو عرف «[1]» • وعلى هـــذا فللزوج أن ينتفع بجهاز زوجته وان كان ملكها سواء أذنت له أو لم تأذن، بشرط أن يكـــون الانتفاع فى حدود ما تعارف الناس عليـــه • ونرى أن مذهب المالكية أولى بالقبول، لانه يساير العرف ويهدف الى مبدأ التضامن والتعاون بين الزوجين عـــلى مواجهة تكاليف الحيـــاة •

ب ــ قضـــايا الجهـــاز :

قضايا الجهاز كثيرة نقتصر منها على اثنتين فقط لاهميتهما :

(الاولى) ــ اذا اشترت المرأة أو اشترى لها ابوها جهازا من مهرها أو من مالها دخل فى ملكها بمجرد الشراء •

وان اشتراه أبوها من ماله الخاص، فاما أن يصرح عند الشراء أنه متبرع به ، واما أن يسكت ولا يصرح بشىء •

فان اشتراه من ماله وصرح أنه متبرع به، فان كانت البنت كبيرة وليست فى ولاية أبيها، وكان الاب فى حال صحته وقت شراء الجهاز وتسليمه لها، صح

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٢١ــ٣٢٢ •

تبرعه ودخل الجهاز فى ملكها بالقبض، وليس للاب ولا لورثته من بعده حق استرداده أو استرداد شىء منه ، لان التبرع هبة يتم ملكها بالقبض ويمتنع الرجوع فيها لوجود القرابة الرحمية .

وان كان الاب مريضا مرض الموت وقت الشراء والتسليم أو وقت التسليم فقط لا يصح التبرع لانه فى مرض الموت يكون وصية، والوصية لوارث لا تجوز الا برضا بقية الورثة، وعليه فان أجاز الورثة التبرع دخل الجهاز فى ملكها ، وان لم يجيزوه كان من ضمن تركة الاب فيقسم بين ورثته وهي منهم فلها نصيبها فيه .

وان كانت البنت صغيرة أو فى حكم الصغيرة وكان الاب قد اشترى الجهاز حال صحته صح التبرع، ودخل الجهاز فى ملك البنت بمجرد الشراء ، ولا يتوقف ملكها له على قبضها بنفسها ، لانها فى ولاية أبيها ، فيده يدها ، وقبضه بمثابة قبضها ، ولذا لا يلتفت الى التسليم وكونه حال الصحة أو حال المرض كما هو الشأن بالنسبة للبنت الكبيرة . أما ان اشتراه للصغيرة أو لمن فى حكمها وهوفى مرض الموت فلا يصح التبرع لانه يكون وصية، والوصية لوارث لا تجوز الا برضا الورثة . والجعفرية ــ كما علمت من قبل ــ يجيزون الوصية للوارث . وقانون الوصية المعمول به فى مصر يجيزها للوارث أيضا . وعلى هذا فالتبرع بالجهاز فى مرض الموت نافذ بشرط أن يكون فى حدود ثلث التركة وما زاد فمتوقف على رضا باقي الورثة .

أما ان اشترى الاب الجهاز من ماله وسكت عند شرائه ولم يصرح بشىء ، ثم اختلف مع بنته ، فهو يقول انه عارية ، والبنت تقول انه هبة فالحكم ان من أقام منهما البينة على دعواه قضى له بها . وان أقاماها جميعا حكم العرف فان كان يؤيد دعوى الاب قبلت بينة البنت، وان كان يؤيد دعوى البنت قبلت بينة الاب ، لان البينات تقام على خلاف الظاهر كما علمت . وان كان العرف لا يشهد لواحد منهما تهاترت البينتان وكان القول للاب مع

يمينه ، لانه هو المعطى وقوله يكشف عن قصده، وقيل القول للبنت مع يمينها لانها صاحبة اليد ، واليد دليل الملكية ظاهرا • وان عجزا جميعا عن البينة فالقول لمن يشهد له العرف مع يمينه وان كان العرف لا يشهد لواحد منهما فالقول للاب مع يمينه لانه هو المعطى، وقيل للبنت مع يمينها لانها صاحبة اليد •

هذا هو الحكم فى الخلاف بين الاب وابنته ، وهو عين الحكم لو كان الخلاف بين الام وبنتها ، أو بين الجد وبنت ابنه ، لان تجهيز الام أو الجد كتجهيز الاب عرفا ، وهو عين الحكم أيضا بالنسبة لورثة هؤلاء جميعا •

(الثانية) — ان اختلف الزوجان فى متاع البيت الذي يسكنانه فادعى كل منهما ملكيته، فالحكم أنه ان أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له بها • وان اقاماها جميعا قبلت بينه من لا يشهد له الظاهر ، فان كان الظاهر يشهد للزوجة بأن كان المتنازع فيه مما يصلح لها خاصة كأدوات زينتها قبلت بينة الزوج، وان كان الظاهر يشهد للزوج بأن كان المتنازع فيه مما يصلح له خاصة كثيابه الخاصة قبلت بينة الزوجة ، وان كان الظاهر لا يشهد لواحد منهما بأن كان المتنازع فيه مما يصلح لهما كالسرر والبسط والآنية تهاترت البينتان وكان القول قول الزوج مع يمينه، لان الظاهر معه حيث ان البيت وما فيه تحت يده• وان عجزا جميعا عن البينة فالقول قول الزوج مع يمينه فيما يصلح له خاصة ، وللزوجة مع يمينها فيما يصلح للنساء خاصة باتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه •

أما ما يصلح لهما معا فقال أبو حنيفة ومحمد : القول قول الزوج مع يمينه ، لانه صاحب اليد على البيت وما فيه «١» فكان الظاهر معه ، وقال ابو يوسف : القول قول الزوجة مع يمينها فيما تجهز به عادة ، والعادة ظاهر يشهد

---

(١) ولا يلتفت الى ما للزوجة من يد على البيت ، لان يدها يد حفظ ، فهي كيد الوديع لا تدل على الملك ، أما يد الزوج فيد تصرف ، واليد المتصرفة يد ملك فكانت هي الاقوى .

لها ، وما زاد على ذلك فالقول فيه للزوج مع يمينه، لان وضع اليد عليه ظاهر يشهد له .

هذا اذا كان الخلاف بين الزوج والزوجة ، أما اذا كان بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر فالحكم عين ما تقدم على الخلاف السابق غير أن أبا حنيفة جعل القول للزوجة مع يمينها ان كان الخلاف بينها وبين ورثة الزوج لانها صاحبة اليد فكان الظاهر معها «[1]» .

ومذهب الجعفرية فى الاختلاف الذي يقع فى متاع البيت بين الزوجين ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما ، ان ما يصلح للنساء يحكم به للزوجة أو ورثتها ، وما يصلح للرجال يحكم به للزوج أو ورثته ، وما يصلح للرجال والنساء يقسم بين الزوج والزوجة ، أو بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، ما لم تقم بينة على خلاف ذلك فيقضي بها .

« الحق الثاني من حقوق الزوجة » ـ النفقة

١ ـ تعريفها :ـ

النفقة بمعناها العام اسم لما ينفقه الانسان على زوجته وأقاربه ومماليكه. وكلامنا هنا عن نفقة الزوجة ، وهي ما تحتاج اليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمةو أثاث وكل ما يلزمها على جهة الكفاية «[1]» وعلى ما يجري به عرف الناس .

---

(١) ولا يلتفت ليد ورثة الزوج لان يد الزوجة سابقة على يد الورثة حيث كان لها يد فى حياة الزوج الا انها كانت مغلوبة بيد الزوج فلماما ت ظهرت، أما يد الورثة فطارئة بعد موت الزوج . وايضا يد الزوجة يد اصيلة ، ويدالورثة خلف فلا تعارض ما هو الاصل .

(١) وفى مسائل الخلاف جـ٢ ص ١٢٨ أن نفقة الزوجات مقدرة وهي مد قدره رطلان وربع .

٢ ـ حكم النفقة والدليل عليه : ـ

النفقة حق واجب للزوجة على زوجها ، ودليل ذلك القرآن والسنة والاجماع والعقل .

أما القرآن، فقوله فى شأن الزوجات « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقوله فى شأن المطلقات ، وهو يدل بالاولى على وجوب النفقة للزوجات « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ... الى أن قال « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها ... » .

وأما السنة ، فأحاديث كثيرة ، منها قوله عليه الصلاة والسلام « اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وأما الاجماع ، فقد انعقد من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على وجوب النفقة على الزوج لزوجته ، ولم يخالف فى ذلك أحد .

وأما العقل ، فيقضي أن كل من حبس نفسه لمصلحة غيره وجب على ذلك الغير أن يقوم بنفقته لعدم تفرغه لحق نفسه ، كالقاضي يستحق نفقته من بيت المال، لانه حبس نفسه لمصلحة الدولة، والزوجة قد حبست نفسها لحق زوجها، وتفرغت لشئون بيتها، فوجبت نفقتها على زوجها عملا بالاصل العام « كل من حبس نفسه لحق غيره ومنفعته فنفقته على من احتبس لاجله » .

٣ ـ سبب استحقاق الزوجة للنفقة : ـ

للنفقة على جهة العموم أسباب ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والملك .

أماا لنفقة الخاصة بالزوجة فسببها العقد الصحيح بشرط احتباس الزوجة وقصرها نفسها على زوجها ليتمكن من الاستمتاع بها والانتفاع بثمرة الزوجية وليس بلازم وجود الاحتباس بالفعل ، بل يكفي أن يوجد منها الاستعداد

له وعدم الامتناع من الدخول فى طاعة الزوج •

٤ ـ شروط استحقاق النفقـة : ـ

مما تقدم يتبين أن الزوجة تستحق النفقة على زوجها اذا توفرت الشروط الآتيـة :

(١) أن يكون العقد صحيحا ،

(٢) أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية •

(٣) أن لا يفوت على الزوج حقه فى احتباس الزوجة بغير مبرر شرعي وبسبب ليس من جهته •

٥ ـ متى تجب النفقة للزوجة ومتى تسقط ؟ : ـ

وعلى ضوء الشروط المتقدمة يمكن معرفة متى تجب النفقة للزوجة على زوجها ومتى تسقط ، واليك التفصيل:

(أولا)تجب النفقة للزوجة فى الحالات الآتية :

أ ـ اذا لم يفت على الزوج حقه أصلا ، بأن كانت الزوجة صالحة للحياة الزوجية وانتقلت فعلاالى بيت الزوج ، أو لم تنتقل ولكنها مستعدة للنقلة ولا تمانع فيها ، لان التسليم موجود حقيقة أو حكما •

ب ـ اذا فوتت الزوجة على الزوج حقه بمبرر شرعي يبيح لها عـــدم الدخول أو عدم البقاء فى طاعته ، كما لو امتنعت من تسليم نفسها لعدم اعطائها معجل مهرها ، أو لعدم اعداد المسكن الشرعي لها ، أو تركت بيت الزوج لانه لا يؤمن على نفسها أو مالها •

ج ـ اذا فات على الزوج حقه بسبب منه لا منها ، كما لو كان صغيرا لا يصلح للمعاشرة وهي تصلح لها (١) ، أو كان به ما يمنعه من مباشرة الزوجة

---

(١) اعتمدنا من مذهب الجعفرية ما ذكره صاحب الاحكام الجعفرية فـي ص٤٢ من أن الزوجة تستحق النفقة بالتمكين ولو كان الزوج صغيرا لا يقدر على المعاشرة . ولكن ذكر الطوسي فى مسائل الخلاف ج٢ ص ١٢٨ أنه اذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيرا لا نفقة لها وان بذلت التمكين .

كالمرض أو أحد العيوب الجسمية ، أو كان محبوسا فى جريمة أو دين عليه ، أو غير ذلك من كل ما يرجع فوات الحق معه الى الزوج وحده .

(ثانيا) تسقط نفقة الزوجة فى الحالات الآتية :

أ ـ اذا كان عقد الزواج باطلا أو فاسدا ولو سلمت المرأة نفسها لمن عقد عليها لان التسليم فى هذه الحالة فساد يجب رفعه ، ولهذا لو تزوج رجل من امرأة وسلمها النفقة ثم تبين له فساد العقد كان له حق الرجوع عليها بالنفقة ان كانت بفرض القاضى . أما ان كان أعطاها النفقة بدون فرض القاضى فليس له حق الرجوع . والفرق بين الحالتين : أنه بالقضاء يكون ملزما بالدفع اليها بناء على كونها مستحقة للنفقة ، فاذا ظهر عدم استحقاقها رجع عليها بما أدى ، اذ مع الالزام بالاداء بعد الفرض ينتفى احتمال التبرع ، بخلاف ما لو اعطاها مختارا دون فرض ولا الزام ، حيث يكون احتمال التبرع قائما ، والنفقةشبيهة بالصلة فلا يرجع فيها ، وهذا مذهب الجعفرية أيضا الا أنهم قالوا : اذا كان الزوج يعتقد الوجوب عليه وكان يدفع لها بهذا العنوان لا تبرعا فله حق الرجوع على المرأة بما اعطى.

ب ـ اذا كانت الزوجة صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا فى الاستمتاع ، ولا فى الأئتناس ، ولا فى الخدمة وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية لان احتباسها وعدمه سواء .

والزوجة الصغيرة التى لا يمكن الدخول بها ، ولكن يمكن الانتفاع بها فى الخدمة والمؤانسة ، لا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد والجعفرية ، لان المقصود من الزواج لا يمكن استيفاؤه منها . وقال أبو يوسف ان نقلها الزوج الى بيته وامسكها للأئتناس بها وجبت لها النفقة ، لان الاحتباس وان كان ناقصا لا يؤدي الى كل المقصود من الزواج الا أن الزوج قد رضى به ناقصا حيث نقلها الى بيته ، ولو لم ينقلها ما وجبت لها نفقة . وهذا الرأي هو المفتى به فى مذهب الحنفية .

جـ — اذا كانت الزوجة مريضة مرضا يمنعها من الانتقال الى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق لان الاحتباس غير ممكن ، واذا فات الاحتباس فات ما يقابله وهو النفقة .

أما ان كانت الزوجة مريضة مرضا لا يمنعها من الانتقال الى بيت الزوج ولكن يمنع من مباشرة الزوج لها فالصحيح المفتى به أنها تستحق النفقة بعد الانتقال بالفعل وكذا قبله ما دامت لا تمانع فيه لان المرض طارىء قابل للزوال، والزواج ملحوظ فيه الدوام ، فلا تسقط فيه الحقوق بالامور العارضة التي لا دخل للانسان فيها ، وحسن المعاشرة بين الزوجية يقضى بوجوب النفقة وعدم سقوطها بعارض المرض .

أما اذا زفت الزوجة الى زوجها غير مريضة ، ثم مرضت عنده فلها نفقتها سواء أبقاها فى بيته . أو ردها الى بيت أبيها ، فان طلبها بعد ما ردها كان عليها أن تعود اليه فان امتنعت وكانت تستطيع العودة ولو محمولة سقطت نفقتها . وان عجزت عن العودة بأية صورة لا تسقط نفقتها لانها مع العجز لا تكون ناشزة (١) .

د — اذا نشزت الزوجة بأن تركت بيت الزوج وخرجت عن طاعته، أو أبت أن تنتقل اليه بدون مبرر شرعي . ويلحق بهذا منعها الزوج من دخول بيتها الذى تملكه ويقيم معها فيه بدون أن يسبق منها طلب تحويلها الى بيت له .

والزوجة الناشزة يسقط حقها فى النفقة مدة نشوزها ، فان عادت الى طاعة الزوج عادت لها نفقتها من حين عودتها ، وليس لها حق فى المطالبة بالنفقة

---

(١) يرى فقهاء الاحناف أن نفقات علاج الزوجة من أجرة الطبيب وثمن الدواء وما سوى ذلك لا يلزم الزوج، لانه ليس من النفقة . وانما علاجها ونفقاته من مالها ان كانت غنية، ومن مال من تلزمه نفقتها على فرض عدم زواجها ان كانت فقيرة . ولكن مقتضى العشرة بالمعروف قيام الزوج بكل ذلك ما دام قادرا ، وهذا أقل ما يكون من وفاء الزوج لزوجته .

عن مدة نشوزها ، لان الساقط لا يعود ، بل ذهب فقهاء الحنفية الى أن نفقتها المتجمدة على الزوج قبل النشوز تسقط بالنشوز ولو كانت مفروضة بحكم القاضى ، الا ما استدانته بالفعل باذن الزوج أو القاضى فانه لا يسقط بالنشوز وانما يسقط بالاداء أو الابراء لا غير .

هـ ـ اذا حبست الزوجة قبل الزفاف أو بعده ولو ظلما فى غير حق للزوج سقط حقها فى النفقة مدة حبسها ، لان حق الزوج قد فات بسبب لا دخل له فيه . وعن أبي يوسف أن حبسها بعد الزفاف بغير حق لا يفوت حقها فى النفقة لانه لا دخل لها فى ذلك ولا قبل لها بدفعه فكانت معذورة . أما ان حبست فى حق لزوجها فلها النفقة باتفاق بين الحنفية ، لان السبب من جانبه فهو الذي فوت حق نفسه . وقال الجعفرية ان حبست فى دين تقدر على ايفائه فلا نفقة لها مدة حبسها الا اذا كان الزوج هو الذي حبسها فى دين له ، ولا تسقط النفقة مع عجزها عن التخلص من الحبس .

و ـ اذا غصبت الزوجة ، بأن أخذها انسان كرها وحال بينهاو بين زوجها مدة سقطت نفقتها مدة غصبها ، لفوات حق الزوج بسبب ليس من جهته ، وذهب الجعفرية وهو رواية عن أبي يوسف الى أن لها النفقة ان تحقق الاكراه وتعذر عليها تخليص نفسها لان تفويت الحق على الزوج ليس بسبب منها .

ز ـ اذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم أو محرم ، أي سفر كان ولو لاداء فريضة الحج سقط حقها فى النفقة لانها فوتت على الزوج حقه ، هذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وذهب ابو يوسف والجعفرية الى أن الزوجة لو سافرت بعدا الزفاف لاداء فريضةا لحج مع محرم لها كأبيها أو أخيها كان لهـا الحق فى نفقة الاقامة ، لان اداء الفريضة ضرورة شرعية يحتمل معها فوت حق االزوج .

واذا سافرت الزوجة مع زوجها ، فان كان الزوج هو الذي أراد السفر وأخذها معه كان لها نفقة السفر . وان كانت هي التي أرادت السفر وأخذته معها ، أو كان كل منهما مريدا للسفر كان لها نفقة الاقامة فقط .

واذا أراد الزوج أن يسافر بزوجته فأبت أن تسافر معه ، فان كانت مسافة السفر مسافة قصر — وهي مقدرة بما يستغرق قطعه ثلاثة أيام على الاقل بالسير الوسط مع الراحة المعتادة — فلا تسقط نفقتها لان لها الحق فى الامتناع .

وان كان السفر دون مسافة القصر فامتنعت سقطت نفقتها حيث لا حق لها فى الامتناع . ولا فرق بين كون السفر من مصر الى مصر ، أو من مصر الى قرية ، أو من قرية الى مصر . وقيل ان كان السفر من مصر الى مصر فلا حق لها فى الامتناع الا أن كان الزوج غير مأمون عليها . وقيل غير ذلك .

والاولى — فى مسألة السفر بالزوجة — أن تترك الامر الى المفتي أو القاضى لينظر فيه على ضوء من واقع الحال ، ثم يفتي أو يحكم فيه برأيه ، لان الزوج الذي تضيق به سبل العيش فى بلد ويريد السفر الى أخرى أوفر رزقا وأيسر عيشا ، أو الموظف الذي ينقل بحكم وظيفته من بلد الى بلد أو من قطر الى قطر لا نستطيع أن نحكم بجواز امتناع زوجته عن السفر معه . وعكس ذلك الزوج الذي لا ير من السفر بزوجته الا مجرد الاضرار بها وابعادها عن أهلها ، أو الزوج الذي يريد السفر بزوجته ليتمكن من ايذائها أو من الاستيلاء على مالها ، الزوج الذي هذا قصده لا نستطيع أن نحكم بوجوب سفر زوجته معه أو يسقط حقها فى النفقة . والمتأمل فى قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) يستطيع أن يخرج بنتيجة هي عين ما ذكرناه ، ولا يقال ان الآية فى شأن المطلقات ، لانها تدل بالاولى على نفس الحكم فى غير المطلقات . والذي استقر عليه العمل الآن ، أن الزوج له حق السفر بزوجته الى أي بلد كان بشروط ثلاثة :

الاول : أن يكون الزوج أمينا على نفسها ومالها .

الثانى : أن لا يقصد من السفر الاضرار بها أو الكيد لها .

الثالث : أن يكون الزوج قد أوفاها ما اتفقا على تعجيله من المهر .

وهذا الذى استقر عليه الرأي هو عين مذهب الجعفرية (١) .

ح ـ اذا كانت الزوجة محترفة عملا يضطرها الى أن تكون خارج البيت طوال النهار أو بعضه ، ثم تعود الى البيت بعد فراغها منه ، وكان ذلك بغير رضا الزوج وموافقته سقط حقها فى النفقة لانها فوتت على الزوج حقه فى الاحتباس الكامل .

أما ان كان ذلك برضا الزوج وموافقته ، فلا يسقط حقها فى النفقة لانه يعتبر مسقطا بعض حقه ، وراضيا بالاحتباس الناقص .

أما اشتغال الزوجة بالحياكة او الخياطة فى بيت الزوجية فليس للزوج أن يمنعها منه أو يمنعها النفقة بسببه ما دام لا يمنع ذلك من استيفاء الزوج حقه كاملا .

٦ ـ تقدير نفقة الزوجة :ـ

النفقة الواجبةللزوجة ، تشمل الطعام والكسوة والمسكن وكل ما تحتاج اليه الزوجة فى معيشتها .

والاصل أن الزوج يقوم بالانفاق على زوجته فيقدم لها الطعام ، ويعد لها الكسوة ، ويهيء لها المسكن وكل ما تحتاج اليه ، فان قام بهذا كله ومكن الزوجة منه لم يكن لها أن تطلب فرض نفقة لها ، وان طلبت لا تجاب الى طلبها وهذا النوع من النفقة هو ما يسمى بنفقة التمكين .

واذا منع الزوج النفقة عن زوجته ، أو قصر فيها أو ماطل ، كان من حق الزوجة أن تطلب فرض نفقة لها ، فان قدرها الزوج وتراضيا عليها فبها ، والا فلها أن ترفع أمرها الى القاضي، والقاضي يفرض لها النفقة بكل أنواعها ان قام الدليل على ما ادعت من المنع أو التقصير أو المماطلة . وهذا النوع من النفقة هو ما يسمى بنفقة التمليك .

---

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص٤٢ ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٢ ص ٤٩٥ ـ ٤٩٦ .

٧ ـ ما يجب أن يراعى عند تقدير النفقة : ـ

واذا أراد القاضى أن يقدر نفقة الزوجة فلا بد أن يراعى أمرين :

الاول : حال الزوج المالية دون التفات الى حال الزوجة ، فان كان الزوج موسرا فرض لها نفقة اليسار ولو فقيرة وان كان معسرا فرض لها نفقة الاعسار ولو غنية . وان كان متوسط الحال فرض لها نفقة وسطا . وهذا قول صحيح فى مذهب الحنفية وهو أيضا مذهب الشافعية ، وعليه العمل الآن فى القضاء السني ، وهو الذي يشهد له قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها » .

وهناك قول آخر صحيح للحنفية وكان عليه العمل من قبل ، وهو ان النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معا ، فان كانا موسرين فرض لها نفقة اليسار . وان كانا معسرين فرض لها نفقة الاعسار . وان كانا متوسطي الحال ، وكان أحدهما موسرا والآخر معسرا فرض لها نفقة وسطا . وعند فرض الوسط والزوج معسر يؤدي ما فى وسعه ، والباقي دين عليه يؤديه عند اليسار .

وهناك قول ثالث ضعيف فى مذهب الحنفية ، وهو المعتمد فى مذهب الجعفرية، حاصله أن النفقة تقدر بحال الزوجة دون التفات الى حال الزوج فان كانت موسرة فلها نفقة اليسار ولو كان الزوج فقيرا . وان كانت معسرة فلها نفقة الاعسار ولو كان الزوج غنيا . وان كانت متوسطة فلها نفقة الوسط ، وفى كل هذا يؤدي الزوج ما فى وسعه والباقي دين عليه الى الميسرة .

ثم انه كما يراعى عند الفرض حال الزوج يسارا واعسارا ، أو حالهما ، أو حال الزوجة على الخلاف ، يجب أن يراعى باتفاق حال الزوج من ناحية وقت القدرة على الاداء ، فان كان من أصحاب الدخل السنوي فرضت عليه لكل سنة . وان كان من أصحاب المرتبات الشهرية فرضت عليه لكل شهر ، وان كان ممن يتقاضون أجرهم يوما بيوم فرضت عليه لكل يوم . والجاري

عليـه العمل الآن ان بعض القضاة يفرضها لكل شهر فى الطعام ولكل سـتة أشهر فى الكسوة • وبعضهم يفرضها لكل شهر فى الطعام والكسوة والسكن •

الثاني : حال الاسعار من ارتفاع وانخفاض، لان ما يفرض للزوجة انما هو ثمن لما يلزمها فيجب أن يراعى ذلك عند تقدير النفقة حتى لا يضار الزوج ولا تضار الزوجـة •

واذا كان لابد من مراعاة حال الزوج المالية وحال الاسعار عند الفرض فلابد من مراعاة ذلك أيضا بعد الفرض، فالزوجة التي فرضت لها نفقة الاعسار لفقر زوجها، أو قدرت لها نفقة فى حال رخص الاسعار ثم حدث بعد ذلك أن أيسر الزوج أو ارتفعت الاسعار يجب على القاضي ـ بناءً على طلب الزوجة ـ أن يعدل نفقتها بما يتناسب مع ما صار اليه حال الزوج أو مع ما صارت عليه حال السوق من غلاء ، وكذلك العكس ان تبدل حال الزوج من غنى الى فقر، أو تبدلت حال السوق من غلاء الى رخص يجب على القاضي أن يعدل النفقة بنـاءً على طلب الزوج •

كذلك اذا تبين أن القاضي أخطأ فى تقدير النفقة بالزيادة أو النقصـان كان عليه أن يراجع نفسه ويعدل المفروض ، بناءً على طلب مـن يهمه الامر مـن الزوجين •

٨ ـ انواع النفقة الواجبة للزوجة : ـ

قلنا ان النفقة الواجبة للزوجة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والخادم ولنتكلم على كل نوع من هذه الانواع الاربعة على التفصيل :

(النوع الاول) ـ نفقـة الطعـام :

يجب على الزوج أن يقدم لزوجته كفايتها من الطعام بمجرد العقد الصحيح سـواء انتقلت الى بيته ، أو لم تنتقل وكانت مستعدة للانتقال، مع امكـان استيفاء أحكام الزواج منهـا فى الجملة ، فان بخل عليها فامتنع عن النفقـة أو قصر أو ماطل فيها وطلبت منه أن يفرض لها نفقة معلومة من الطعام فأبى ،

أو فرض لها مالا يقــوم بكفايتها ، كان لها أن ترفع الامر الى القاضي ــ كما قلنا ــ وعلى القاضي بعد التأكد من ظلم الزوج لها أن يفرض لها نفقة الطعام مع مراعاة حال الزوج المالية وحال الاسعار ارتفاعا وانخفاضا عند بدء التقدير وبعده حتـــى لا يضار أحد الزوجين • ومذهب الجعفرية أن النفقة تتغير بتغير الاسعار غلاء ورخصا ولا تتغير بتغير حال الزوجين أو أحدهما يساراً واعساراً وهي معتبرة بحال الزوجة وحدهـــا •

والنفقة المفروضة يجوز أن تكــون أصنافا مــن الطعام يكلف الزوج باحضارها للزوجة ، ويجوز أن تكون مقدارا معينا من المال تعطاه الزوجـــة وتتولى هي بنفسها شراء ما يلزم لهـــا •

(النوع الثاني) ــ الكســوة :

وكذلك تجب الكسوة عــلى الزوج لزوجته، ويراعى فيها عند الفرض ما يراعى فى تقدير نفقة الطعام من حال الزوج عسر ويسرا عند الحنفية وحال الزوجة عند الجعفرية ومن حال السوق غــلاء ورخصا باتفاق • ويجوز أن تفرض أنواعا من الثياب يكلف الزوج باحضارها للزوجة ، أو تفرض مبلغا من المال تعطاه الزوجة وتشتري هي لنفسها ما يلزم لها •

ولما كان ما يحتاجه الانسان من ثياب فى الصيف غير ما يحتاجه منها فـــي الشتاء كان عــلى الزوج أن يكسو زوجته كسوة فى الصيف ، وكسوة فـــي الشتاء ، وان امتنع فرض القاضي عليه ذلك عينا أو نقدا •

ولما كان لكل بلد لباس خاص وجب أن يراعى عرف البلد الذي يقيـــم فيــه الزوجان •

واذا فرض القاضي كسوة للزوجة ثم اتضح انه أخطأ فى تقديره كان عليه أن يتدارك هذا الخطأ بتقدير جديد يرفع به الظلم عن الزوج أو الزوجة ، فمثلا لو فرض القاضي للزوجة كسوة لمدة ســتة أشهر ثم تبين أن هــذه الكسوة تمزقت بالاستعمال المعتاد قبل مضى المدة كان عليه أن يفرض لها كسوة اخرى

يرفع بها عنها ظلـم التقدير السابق • أما لو بليت الثيـاب قبل مضى المـدة بالاستعمال فوق المعتاد فلا يفرض لها كسوة اخرى لانه لم يتبين خطؤه فـي التقدير السابق • وكذا لا يقضي لها بكسوة اخرى لو فقدت كسوتها بنحو سـرقة أو غصب لانها ملكتها بالاستلام فضمانها عليها والزوج برئت ذمتـه بالتسليم فلا ترجع عليه بشـيء •

واذا فرض القاضي كسوة للزوجة ثم اتضح ـ بعد الاستعمال المعتـاد وبعد مضي المدة المقررة لها ـ أنها لا زالت صالحة للاستعمال فليس للقاضي أن يفرض لها كسوة اخرى لانه تبين خطؤه فى التقدير حيث بقيت الكسوة وقتا فوق الوقت الذي قدره لها • أما لو بقيت الكسوة فوق المدة المقررة لعـدم استعمالها أو لاستعمالها مع كسوة اخرى فعلى القاضي فرض كسـوة اخرى لها بمجرد انتهاء المدة لانه لم يظهر خطؤه اذ لو انها استعملتها وحدها لبليت فى المـدة المقـررة •

(النوع الثالث) ـ نفقة المسـكن :

ويجب على الزوج أن يقـوم باسكان زوجته فى مسـكن يراعى فيه حاله الماليـة ويراعى فيـه أيضا أن يكـون بحيث تتوفر فيـه للزوجـة حيـاة الاستقرار والراحة والبعد عن كل ما يعكر صفو الحياة الزوجية ، فان لم يقم الزوج بهذا من تلقاء نفسه كان للزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي ، وكان على القاضي أن يفرض على الزوج اسكانها فى دار على حدة ، أو فى بيت من دار ، أو فى حجرة من بيت حسب يسار الزوج أو اعساره ، على المفتى به من مذهب الحنفية ، وحسب يسار الزوجة أو اعسارها عند الجعفرية ، ومذهب الحنفية يشهد له قوله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »•

واذا وجبت السكنى وكان المسكن حق الزوجة فليس للزوج أن يسكن معها أحدا من أقاربه بغير رضاها لانها تتضرر بذلك، وقد تخشى ممن يسكن معها علـى نفسها أو مالها ، وقد يمنعها ذلك من تمـام المعاشرة مع زوجها •

واستثنى الحنفية ابنه الصغير غير المميز من غيرها فأباحوا له اسكانه معها ولو بغير رضاها • وأباح الجعفرية اسكانه ان لم تتضرر به وكان ذلك موافقا لعادة أمثالها • وعلة هذا الاستثناء أن الصغير غير المميز لا يخشى منه على نفس أو مال ، ولا يفوت بوجوده تمام العشرة الزوجية •

وكما لا يجوز للزوج اسكان أحد مع زوجته بغير رضاها كذلك لايجوز للزوجة اسكان أحد معها فى بيت الزوجية بغير رضا الزوج حتى ولو كان ابنها الصغير غير المميز من غيره، لان البيت ملك الزوج فلا يجبر على أن يسكن فيه من لا تلزمه سكناه •

وما دمنا قد اشترطنا فى المسكن أن تتوفر فيه راحة الزوجة فيجب على الزوج أن يختار لها مسكنا غير موحش، له جيران صالحون مأمونون ، فلو أسكنها فى دار موحشة لا جيران لها ، أو لها جيران لا تأمنهم على نفسها أو مالها ، كان لها حق طلب النقلة الى مسكن آخر ، وعلى الزوج اجابتها الى ما تريد • واذا جمعها فى مسكن واحد مع ضرتها أو مع أحد أقاربه كأمه أو اخته فطلبت النقلة الى مسكن مستقل وجب عليه اجابة طلبها •

واذا كان يسكنها مع ضرتها أو أحد أقاربه فى دار واحدة وكل فى بيت من الدار على حدة فطلبت النقلة الى بيت بعيد عن ضرتها أو أقاربه كان عليه أن يجيبها الى النقلة بالنسبة للضرة ولو لم يكن منها ايذاء مطلقا ، لان مجرد وجود الضرة بالقرب منها ايذاء لها • أما بالنسبة للاقارب فلا يجب عليه تحقيق رغبتها فى النقلة لمجرد قربهم منها ، نعم ان تحقق أنهم يؤذونها بالقول أو بالفعل كان عليه أن ينقلها الى مسكن بعيد عنهم منعا للاذى الذي ينالها منهم •

واذا لم يقم الزوج باعداد المسكن الشرعي للزوجة كان على القاضي أن يفرض للزوجة بدلا ماليا لسكناها مراعيا فى تقديره حال الزوج أو الزوجة على الخلاف بين الحنفية والجعفرية ، ومراعيا أيضا اجور المساكن ارتفاعا وانخفاضا • ومراعيا مع ذلك ما يجري عليه العرف فى حال المسكن وما يشتمل عليه من متاع •

(النوع الرابع) ــ نفقــة الخــادم :

واذا كان الزوج معسرا فلا يجب عليــه نفقة خادم لزوجته لان الواجب عليه أدنى نفقة الكفاية وهي تكتفي بخدمة نفسها •

واذا كان موسرا فلها نفقة خادم أو اكثر تبعا ليساره ولحاجة الزوجــة الى الخدمة ، وهذا رأي أبي يوسف وهو مذهب المالكية • وقال أبو حنيفــة ومحمد والجعفرية ليس على الزوج اكثر من نفقة خادم واحد لان فيه الكفاية وما زاد عليه فضرب مــن الترف لا يكلف به الزوج ، والفتوى ــ فى مذهب الحنفية ــ على رأي أبي يوسف لانه موافق للعرف فمن الناس مــن يكتفي بخادم واحد ، ومنهم من يحتاج الى أكثر ، وما دام الامر يمشي مع الحاجــة فلا وجه للقول بأن الزيادة عن الواحد ضرب من الترف لا يكلف به الزوج •

٩ ــ الاجراءات التي تتخذ مع الزوج عند امتناعه عن أداء النفقة المفروضة :

واذا امتنع الزوج عــن أداء النفقة التي فرضها على نفســه أو فرضها القاضي عليه ، فان كان موسرا وله مال ظاهر باع القاضي من ماله جبراً عليــه وأعطى الزوجة الثمن لتنفق منه على نفسها •

وان كان موسرا ولكن ليس له مــال ظاهر كان للزوجة الحق فى طلب حبسه وعلى القاضي أن ينذره ويؤنبه مرة أو مرتين على مماطلته ، فان تمادى فى المماطلة حبسه ، وتقدير مدة الحبس موكول لرأي القاضي ، وعن أبي حنيفة أن أدنى مدة الحبس شهر ، وعنه ان أدناها ستة أشهر • والذي عليه العمــل الآن فى القضاء المصري أن مدة الحبس لا تزيد على شهر واحد •

والغرض من هذا الحبس عقوبة الزوج على مماطلته مع يساره ، وحمله على أن يقوم بالانفاق على زوجته • ولا يسقط بالحبس دين النفقة ، ولا يمنع من بيع ما يظهر بعد ذلك من مال فيها ، لان الحبس ليس عوضا عن النفقــة الواجبة ، وانما هو وسيلة للحمل على الاداء كما قلنا •

اما ان كان الزوج معسرا لا مال له أصلا ، أو له مال لا يستغنى عنه فى فى حوائجه الاصلية ، فليس للقاضي حق حبســه لانه مع عجزه عن النفقــة يكون حبسه ظلما ، وليس من وراء الحبس فائدة ترجى كما هو الشأن فــي حبس الموسر من حمله على الانفــاق •

ولكن ماذا تفعل الزوجة ان ثبت عجز زوجها عن النفقة ؟ الذي تفعلــه أن تطلب من القاضي ــ بعد تقدير النفقة لها ــ أن يأذن لها فى الاستدانة على الزوج ، فان أذن لها وجب على مــن تلزمه نفقتها من أقربائها ــ على فرض كونها غير متزوجة ــ أن يعطيها ما فرضه القاضي ويكون دينا له على الزوج، ولا يجوز للقريب فى هذه الحالة أن يمتنع من اعطائها النفقة ، فان امتنع كان للقاضي ــ بعد أن ينذره ــ أن يحبسه حتى يعطيها النفقة ، وهو يرجع بهــا عــلى الزوج اذا أيســر •

وهل للزوجة الحق فى أن تطلب من القاضي أن يفرق بينها وبين زوجها لعجزه عن النفقة ؟ • الذي ذهب اليه الحنفية والجعفرية أن الزوجة لا حــق لها فى طلب التفريق ، وليس من حق القاضي أن يجيبها اليه ، لان التفريق ضرر يلحق الزوج ولا يمكن تداركه ، أما العجز عن النفقة فضرر يلحق الزوجة وفى الامكان تداركه بأن يأذن لها القاضي فى الاستدانة ، كمــا أن العجز لا يدوم فقد تتبدل الحال ، ويغتني الزوج بعد فقر ، ويصبح قادرا على النفقة بعــد عجزه عنها والله تعالى يقول فى شأن المعسرين عامة « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ويقول فى شأن المعسرين من الازواج « لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد العسر يسرا » •

على هــذا الرأي الذي لايرى التفريق بسبب العجز عن النفقة ، يجري العمل الى الآن فى العراق، وكان العمل به أيضا فىالقضاء المصري الى سنة١٩٢٠م ثم ترك العمل به من هــذا التاريخ الى ما أخذ مــن مجموع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة • وهو أنه يجــوز للقاضي أن يفرق بين الزوجين بسبب

عجز الزوج عن النفقة ، أو بسبب امتناعه عنها مع القدرة عليها ، وتعتبر الفرقة هنا طلاقا رجعيا فللزوج الحق فى مراجعة الزوجة ما دامت فى العدة ، بشرط أن يثبت قدرته على النفقــة ان كان التفريق بسبب عجزه عنها ، وبشرط أن يثبت استعداده للانفاق ان كان التفريق بسبب امتناعه مع قدرته .

١٠ ـ الكفالـة بالنفقـة : ـ

كثيرا ما تطلب الزوجة من الزوج أن يعطيها كفيلا بنفقتها وبخاصة عندما يكون الزوج لا مال له وانما لا يزال يعيش على مال أبيه . فهل الكفالة بالنفقة جائزة وتقع صحيحــة أولا ؟

القياس أن الكفالة بالنفقة لا تجــوز ، واذا وقعت وقعت باطلــة ، لان الكفالة انما تجوز بالديون المعلومة الصحيحة ، والنفقة قبل فرضها لم يتقرر فيها شيء معلوم على الزوج فلم تكن دينا فى ذمته حتى تصح الكفالة به . وبعد الفرض تكون دينا فى ذمــة الزوج ولكنه دين غــير صحيح ، لان الديون الصحيحة هي التي لا تسقط الا بالاداء أو الابراء ، والنفقة كما تسقط بالاداء أو الابراء تسقط بامور اخرى كالموت والنشوز . نعم هناك حالة واحدة تكون النفقة فيها دينا صحيحا وهي ما اذا فرضت النفقة وأذن للزوجة فى الاستدانة واســتدانت بالفعــل .

على هذا القياس سار الجعفرية فلم يجعلوا للزوجة الحق فى أخذ كفيل بالنفقة جبرا على الزوج على أية حالة مــن الحالات .

وعلى هذا القياس أيضا سار أبو حنيفة بالنسبة للنفقة غير المفروضة فلم يجز الكفالة بها . أما النفقة المفروضة بالتراضي أو القضاء فقد خالف فيهــا القياس وقال بصحة الكفالة بها استحسانا عند خوف السفر وطول الغيبة، وعلى هذا فلو رفعت الزوجة أمرها الى القاضي تقول : ان زوجها يريد السفر وتخشى أن تطول غيبته فهي تطلب كفيلا عنــه بالنفقة المفروضة كان على القاضي أن يجبر الزوج على اعطائها كفيلا بنفقة شهر واحد متى كانت النفقة مقررة شهرية حتى ولو كانت مدة السفر اكثر مــن شهر .

أما أبو يوسف فقد خالف القياس ، وجرى فى مسائل النفقة على أصل الاستحسان فقال بصحة الكفالة بنفقة الزوجة مطلقا لا فرق بين كون النفقة مفروضة او غير مفروضة ، ولا بين كون الزوج مقيما او قاصدا سفرا ، ولا بين كون مدة سفره طويلة أو قصيرة ، وعلى هذا فللزوجة عند العقد حق طلب
كون مدة سفره طويلة أو قصيرة . وعلى هذا فللزوجة عند العقد حق طلب
الكفيل بالنفقة ما دامت الزوجية قائمة ، والزوج يجبر على اعطائها الكفيل ، والكفالة بنفقة الزوجية تنسحب على نفقة عدة الطلاق لبقاء بعض أحكام الزواج مدة العدة .

وليس من شك فى أن هذا المذهب ـ مذهب أبي يوسف ـ أيسر وأرفق لما فيه من حفظ حق الزوجة ، مع عدم الاضرار بمصلحة الزوج، لذا كانت الفتوى عليه ، وبه جرى العمل فى القضاء الشرعي السني «١» .

١١ ـ نفقة زوجة الغائب :ـ

المراد بالغائب من يتعذر احضاره أمام القاضي لمخاصمته فى النفقة التي تطالب بها زوجته ، سواء أكان مسافرا سفرا طويلا أم مختفيا فى البلد الذي تقيم فيه الزوجة .

فاذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضي أن يفرض لها نفقة عليه ، فاما أن لا يترك الزوج مالا ظاهرا ، واما أن يترك مالا ظاهرا من جنس النفقة كالنقود والمطعومات، واما أن يترك مالا ظاهرا ليس من جنس النفقة كالعقارات والحيوانات ،فهذه ثلاث حالات لكل منها حكم خاص :

(الحالة الاولى) اذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهرا :

اذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهرا وطلبت الزوجة من القاضي فرض نفقة لها عليه كان على القاضي أن يفرض لها النفقة على زوجها ثم باذن لها في الاستدانة عليه ، ويجب على من تلزمه نفقتها من أقاربها ـ على فرض كونها

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٢ ص ٦٦٨ ـ ٦٦٩ . والاحكام الجعفرية ص ٤٧ .

غير متزوجة ــ أن يدينها وهو يرجع بما أعطاها على الزوج عند حضوره : وليس هذا قضاءً على الغائب وانما هو اعانة لها على الوصول الى حقها .

وعلى القاضي ــ محافظة على حق الزوج ــ أن يحلفها اليمين ــ يمين الاستيثاق ــ أنها زوجته تستحق النفقة عليه فليست ناشزة ، ولا مطلقة انقضت عدتها ، ولا عجل لها النفقة ، وعلى القاضي أيضا ان يأخذ منها كفيلا بما تستدينه على زوجها حتى يكون للدائن حق الرجوع على الكفيل ان ظهر أنها لا تستحق النفقة .

واذا طلبت الزوجة فى هذه الحالة ــ حالة كون الزوج لم يترك مالا ظاهرا ــ التفريق بينها وبين زوجها الغائب لا تجاب الى طلبها عند الحنفية وقال الجعفرية اذا غاب الزوج وجهل خبره ولم يكن للزوجة من ينفق عليها وطلبت فسخ الزواج أجلها الحاكم أربع سنوات ويتحرى عنه فان لم يعرف خبره تعتد عدة الوفاة ، ثم تحل للازواج بعد أن يطلقها ولى الغائب أو الحاكم .

(الحالة الثانية) ــ اذا ترك الزوج الغائب مالا ظاهرا من جنس النفقة :

اذا ترك الزوج الغائب مالا ظاهرا من جنس النفقة فاما أن يكون في بيته وفى متناول الزوجة ، وأما أن يكون وديعة أو دينا على شخص . فان كان فى متناول الزوجة ورفعت أمرها الى القاضي ليفرض لها النفقة ، كان على القاضي أن يفرض لها ثم يأمرها بأخذ المفروض من مال زوجها ، ولا يكون هذا قضاءً على الغائب بل هو من باب اعانة صاحب الحق على الوصول الى حقه ، اذ يجوز للزوجة شرعا أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بالمعروف دون حاجة الى قضاء .

واذا ترك الزوج مالا من جنس النفقة ولكنه ليس تحت يد الزوجة وانما هو وديعة أو دين على شخص ما ، فان كان المودع أو المدين مقرا بالوديعة أو الدين، ومقرا بالزوجية ، فرض لها القاضي النفقة فى ماله وأمر المودع أو المدين أن يسلمها ما فرض لها من مال الزوج الذي عنده أو فى ذمته ، لان اقرار

المودع أو المدين بالزوجية اعتراف منه بأن الزوجة لها حق فيما عنده من مال الزوج .

وان كان المودع أو المدين لا يعترف بمال عنده للزوج ولا بالزوجية ، أو يعترف بالمال فقط ، أو بالزوجية فقط ، فان كان القاضي يعلم ما ينكره المودع أو المدين فرض لها النفقة وأمر المودع أو المدين بتسليمها ما فرض لها مما عنده للزوج، وليس هذا من قبيل قضاء القاضي بعلمه، بل هو من قبيل اعانة صاحب الحق على الوصول الى حقه .

وان كان المودع أو المدين ينكر الزوجية والمال أو ينكر واحدا منهما ، والقاضي لا علم له بما ينكره ، فمذهب أبي حنيفة وصاحبيه أنه لا تسمع دعوى الزوجة فى قيام الزوجية أو فى أن للزوج وديعة او دينا على المنكر لان شرط سماع الدعوى وجود خصم للمدعى ، ومن عنده المال ليس خصما للزوجة فى شيء من ذلك . ومذهب زفر أنه تسمع دعوى الزوجة وتطلب منها البينة على ما أنكره المودع أو المدين فان أقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بأدائها لها من مال زوجها الذي عنده، ومع القضاء بالنفقة لا يقضي بالزوجية عند زفر لان ذلك قضاء على الغائب وهو لا يجوز ، وانما أجازه فى النفقة لحاجة الزوجة اليها ، وهذا الرأي هو المفتى به وعليه العمل، لان القضاء بالنفقة سد لحاجة الزوجة ، وليس فيه أ! ضرر على الزوج الغائب لانه يحتاط لحقه بتحليفه يمين الاستيثاق، وبأخذ كفيل منها بما أخذت ليرجع عليه الزوج أن تبين عدم استحقاقها للنفقة . ومذهب الجعفرية أنه تسمع الدعوى ويطلب منها البينة ، فان أقامتها قضى لها بالنفقة وبالزوجية .

(الحالة الثالثة) ــ اذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة :

اذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة ، وطلبت الزوجة من القاضي أن يفرض لها نفقة على زوجها ، كان عليه أن يفرض لها ، ولكن ليس لها ولا للقاضي بيع شيء من مال الزوج فى نفقتها المفروضة ، بل يؤجر من هذا

المال ما يصلح أن يؤجر وتعطى الزوجة نفقتها المفروضة من اجرته ، وهـذا الحكم باتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، أما أبو حنيفة فلانه يرى أن مال المدين لا يباع فى دينه مطلقا ، وأما صاحباه فلانهما يريان أن مال المدين لا يباع فيما عليه من دين الا اذا امتنع من أدائه ، ومع غيبته لم يثبت امتناعه حتى يبـاع ماله فيما عليه من دين • ومذهب الجعفرية أنه يجوز أن يباع المتاع والعقـار فى نفقة الزوجة ان لم يكن للغائب مال من جنس النفقة ، وتحلف الزوجة يمين الاستيثاق ويؤخذ منها كفيل بما أخذت •

هذا هو رأي الحنفية والجعفرية فى نفقة زوجة الغائب • وقد كان العمل فى مصر قبل سنة ١٩٢٠ على مذهب زفر لانه يحقق مصلحة الزوجة ولا يضـر بمصلحة الزوج ، وفى سنة ١٩٢٠ صدر القانون رقم ٢٥ وهو يقضي بان نفقة زوجة الغائب تنفذ فى ماله سواء أكان من جنس النفقة أم من غير جنسها ، كما يقضي بأنه يجوز للقاضي أن يطلق زوجة الغائب ان طلبت ذلك لغيبته وعـدم استطاعتها الحصول على نفقتها ، وهذا نص المادة السادسة من القانون المذكور « اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم بالنفقـة فى ماله ، فان لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب لـه أجلا ، فان لم يرسل ماتنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليهـا طلق عليه القاضي بعد مضى الاجل ، فان كان بعيد الغيبـة لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منـه الزوجة طلق عليه القاضي • وتسري احكام هـذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة » •

١٢ — متى تكون النفقة دينا على الزوج ؟ : —

نفقة الزوجة واجبة على زوجها من وقت وجود سببها ، لا خلاف فى ذلك بين الفقهاء ، ولكن قد لا يؤدي الزوج ما وجب عليه من النفقة لزوجته فتنفق هي على نفسها من مالها الخاص ، أو من مال غيرها ، فهل تكون نفقـة المدة

التي أنفقت فيها على نفسها دينا على الزوج فترجع به عليه ؟ أو لا تكون دينا فلا ترجع عليه بشيء ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب الحنفية الى أن النفقة لا تصير دينا بمجرد عدم الانفاق ، وانما يجري فى ذلك التفصيل الآتي :

(آ) اذا لم تفرض للزوجة نفقة بالتراضى أو بالقضاء ، فأنفقت هي على نفسها من مالها أو من مال غيرها مدة شهر أو اكثر ، فليس لها أن ترجع على زوجها بما أنفقت ، لان النفقة لا تصير دينا على الزوج الا بعد تراضى الزوجين عليها ، أو حكم القاضي بها ، وذلك لان النفقة فيها معنى الصلة فلا يتأكد حق الزوجة فيها الا بالقضاء أو التراضي . ولا فرق فى هذا الحكم بين كون الزوج لم ينفق على زوجته لغيبته ، أو لعسره ، أو لمجرد الامتناع مع يساره ، وقيدنا الحكم بمدة شهر أو أكثر ، لانها لو انفقت على نفسها مدة أقل من شهر كان ما أنفقته دينا على الزوج لها حق الرجوع به عليه ، لان ما دون الشهر هو المدة التي تمضي عادة حتى يتم التقاضي أو التراضي على النفقة ، فلو قلنا بسقوط النفقة فيها لكان اجحافا بالزوجة .

(ب) اذا فرضت النفقة بالقضاء أو بالتراضي ، ولم يأذن الزوج أو القاضي للزوجة فى الاستدانة ، أو اذن لها ولكن لم تستدن بالفعل ، كان ما أنفقته على نفسها دينا على الزوج ، فلها أن تطالبه به ، وعليه أداؤه لها بالغا ما بلغ ، طالت المدة أو قصرت ، الا أن هذا الدين ضعيف غير صحيح فكما يسقط بالاداء أو الابراء ، يسقط بنشوز الزوجة ، وبموت أحد الزوجين ، وبالطلاق بسبب من جهة الزوجة على الراجح . لان النفقة وان صارت دينا بالقضاء أو التراضي الا أن ما فيها من معنى الصلة يضعف معنى الدينية فكان سقوطها بغير الاداء أو الابراء لهذا السبب .

(ج) اذا فرضت النفقة بالتراضي أو القضاء وأذن الزوج أو القاضي للزوجة فى الاستدانة فاستدانت بالفعل ، كان ما ستدانته دينا صحيحا على

الزوج لا يسقط الا بالاداء أو الابراء ، لان معنى الدينية تأكد بالاستدانة المأذون فيها ، اذ مع الاذن تكون استدانة الزوجة استدانة الزوج ، وما استدانه الزوج بنفسه لا يسقط الا بالاداء أو الابراء ، فكذا ما استدانته نيابة عنه بأذنه وهو ظاهر ، أو باذن القاضي لعموم ولايته على الزوج والزوجة . ثم أن صاحب الدين فى هذه الحالة له الحق فى أن يرجع على الزوج أو على الزوجة بما استدانته ، بخلاف ما لو استدانت بغير اذن حيث لا يكون له حق الرجوع الا على الزوجة وحدها «[1]» .

هذا هو مذهب الحنفية وهو الذي عليه العمل الى الان فى العراق .

وذهب الجعفرية والمالكية والشافعية واحمد فى المشهور عنه الى أن النفقة الواجبة للزوجة لا تسقط عن الزوج بحال من الاحوال الا بالاداء أو الابراء ، لان النفقة عندهم حق للزوجة على زوجها من حين العقد ، فلا يحتاج فى اثباته واستيفائه الى قضاء أو تراض ، ولا يسقط ما تراكم منها بغير الاداء أو الابراء .

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي الاخير ، وترك العمل بمذهب الحنفية ، فقد نصت المادة الاولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م على أنه (تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما ، دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه ، بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ، ولا يسقط دينها الا بالاداء ، أو الابراء) .

ولا شك أن العمل بهذا المذهب أولى لانه يحفظ على الزوجة حقها في النفقة الواجبة لها على زوجها .

غير أن المشرع المصري أدرك فيما بعد أن هذا القانون أصبح أداة كيد فى يد بعض الزوجات ، فقد ثبت أن كثيرات منهن كن يتعمدن عدم المطالبة بالنفقة عدة سنوات حتى يتجمد منها مبلغ طائل يرهق الزوج ، ثم يطالبنه بعد ذلك بمتجمد النفقة دفعة واحدة ، نكاية فيه ، وارهاقا له ... أدرك المشرع

---

(١) انظر فتح القدير جـ٣ ص ٣٣٢ .

المصري هذا فتدارك الامر فى الفقرة السادسة من المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونصها (لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من ثلاث سنوات « ميلادية » نهايتها تاريخ رفع الدعوى) ... وليت القانون جعل الحد الاعلى للمطالبة بالنفقةالماضية سنة واحدة، اذاً لكان ذلك أرفق بالازواج، وأبعد عن كيد الكثير من الزوجات .

١٣ ـ الابراء من دين النفقة :ـ

من المقرر شرعا أن الابراء لا يكون الا من دين ثابت فى ذمة المدين . وقد علمت أن نفقة الزوجة قبل فرضها لا تكون دينا فى ذمة الزوج ، وعلى هذا فلا يصح ابراء الزوجة زوجها من نفقتها قبل فرضها لا عن الماضى ولا عن المستقبل لان الابراء فى هذه الحالة لا يصادف دينا فى ذمة الزوج فيقع لاغيا .

واذا تم فرض النفقة صح ابراء الزوجة زوجها عن النفقة الماضية ، كما يصح ابراؤها اياه عن النفقة المستقبلة ، بشرط دخول أول مدتها ، فان كانت مفروضة لكل شهر فدخل أول الشهر صح ابراؤه من نفقة ذلك الشهر لثبوتها فى ذمته حيث انها تستحق فى أوله ، وان قدرت النفقة كل يوم، أو لكل اسبوع، أو لكل سنة فالحكم هو الحكم لا يتغير ، وعليه فلا يصح الابراء عن نفقة مدة وراء المدة التي دخل أولها ، فانأبرأته عن نفقة شهرينأو أكثر مثلا لايسري الابراء الا على الشهر الذي دخل أوله ، وحينئذ يكون للزوجة الحق في مطالبته بنفقة غير الشهر الاول الذي سرى عليه الابراء ، وعلة ذلك أن النفقة انما تفرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لا تكون نفقة الشهر واجبة ، وما لا يكون واجبا لا يتصور الابراء منه .

وذهب الجعفرية الى أن الابراء عن النفقة قبل فرضها وبعده صحيح بالنسبة للمدة الماضية ، أما نفقة المستقبل فيصح الابراء منها عن يوم واحد دخل أوله سواء أكانت مفروضة عن كل يوم ، أم عن كل اسبوع ، أم عن كل شهر ، أم عن كل سنة .

١٤ ـ المقاصة بدين النفقـة : ـ

اذا صارت نفقة الزوجة دينا على الزوج بالقضاء أو الرضا ، وكان للزوج دين على زوجته فطلب أحدهما المقاصة ـ أي ان يسقط ما فى ذمته فى مقابلـة مقداره مما فى ذمة صاحبه ـ فاما أن يكـون دين النفقـة صحيحا ، واما أن يكون ضعيفا ، فان كان صحيحا بان كانت النفقة مستدانة بالفعل باذن الزوج أو القاضي أجيب طالب المقاصة الى طلبه حتما ، لاستواء الدينين فى القوة .

وان كان دين النفقة ضعيفا ، بأن كانت النفقة مفروضة ولكن لم يؤذن للزوجة فى استدانتها ، فان كان طالب المقاصة هو الزوج أجيب الى طلبـه حتما لان دينـه قوى ودين الزوجة ضعيف . وان كان طالب المقاصة هـو الزوجة لا تجاب الى طلبها الا برضا الزوج ، لان دينـه قوى ودينها ضعيف ، وصاحب الدين القوى لا يجبر على ترك دينه فى مقابلة دين ضعيف .

وذهب الجعفرية الى أن الزوجة لو طلبت مقاصة دين نفقتها بما عليهـا لزوجها لا تجاب لطلبها اذا كان الزوج غير ممتنع عن أداء نفقتها ، الا برضـا الزوج . فان كان ممتنعا عن أداء نفقتها وقعت المقاصة جبرا عليـه ، وكذا لو كان ماله عليها مساويا للنفقة المستحقة عليـه . واذا طلب الزوج مقاصة دين نفقتها بماله عليها أجيب الى طلبه ان كانت موسرة وممتنعة عن أداء ما عليها ، فان كانت معسرة ، او كانت موسرة غير ممتنعة عن أداء ما عليها ، لايجاب الى طلبه الا اذا تساوى ماله وما عليه فحينئذ تقع المقاصة جبرا .

وبعد ما عرفته من أن القضاء المصري اعتبر دين النفقة صحيحا على أية حال ، ـ كما هو مذهب المالكية والشافعية والجعفرية ـ يتحتم بناء على هذا أن تقع المقاصة جبرا اذا طلبها الزوج أو الزوجة لاستواء الدينين فى القوة .

هذا ، وقد وقعت فى مصر محاولة تشريعية للاخذ بما ذهب اليه الحنابلة والجعفرية من أن الزوج اذا طلب المقاصة وزوجته معسرة لا يجاب الى طلبـه ولا تجبر الزوجة عليها ، وكان غرض المشرع المصري من وراء هذه المحاولة

التي لم تتم أن يصون الزوجة عن التعرض للحاجة والحرمان ، فالنفقة ضرورة من ضرورات الحياة للزوجة ، وليس من العدل أن تجري المقاصة فيمالا غنى لها عنه ، ومن المقرر شرعا أن قضاء الدين انما يجب فى الفاضل عن حوائج الانسان الضرورية ، ولا شك أن هذا الرأي فيه رفق ورحمة بالزوجة المعسرة .

١٥ ـ تعجيل النفقة :ـ

اذا عجل الزوج لزوجته نفقة شهر أو شهرين مثلا ثم حصل فى أثناء هذه المدة ما يوجب سقوط النفقة كالنشوز أو موت أحد الزوجين ، فليس للزوج ولا لاحد من ورثته بعد موته حق فى استرداد شيء من النفقة المعجلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لان النفقة لها شبه بالصلة ، والصلات يتم ملكها بالقبض ، ويمنع من الرجوع فيها كونها بين الزوجين .

وذهب محمد بن الحسن والشافعي وابن حنبل والجعفرية ، الى أنه يحسب للزوجة نفقة ما مضى ويسترد منها الباقي ، لانها تستحق النفقة جزاء احتباسها ، وبعد النشوز أو الموت فات الاحتباس فلا يكون لها حق فى النفقة عن المدة الباقية فيجب رد ما يقابلها .

١٦ ـ نفقة المعتدة :ـ

المعتدة اما أن تكون معتدة من طلاق رجعي ، أو معتدة من طلاق بائن ، أو معتدة من وفاة . أو معتدة من فسخ الزوجية لسبب يستوجبها ، ولكل حكمها :

فالمعتدة من طلاق رجعي لها النفقة باتفاق ، سواء أكانت حاملا أم غير حامل لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا . وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فلها النفقة بأنواعها الثلاثة (الطعام والكسوة والمسكن) عند الحنفية سواء أكانت حاملا أم غير حامل لعموم قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » فهو يشمل جميع المطلقات سواء أكان الطلاق بائنا أم كان رجعيا ، وسواء أكانت المرأة حاملا أم غير حامل ، وعام القرآن

لا يخصص الا بدليل قطعي ، ولم يوجد •

وقال الجعفرية لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن أو خلع ان كانت غير حامل لان المبتوتة أو المخالعة قد زالت زوجيتها التي هي سبب استحقاقها للنفقة ، وانعدام السبب يستتبع انعدام المسبب ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرض لفاطمة بنت قيس نفقة وقال لها (لا نفقة لك ولا سكنى) وكانت مبتوتة وهذا ايضا ، رأي ابن حنبل وابن أبي ليلى ، وبه قال الشافعي فى النفقة خاصة أما السكنى فقال بوجوبها للمبتونة لعموم قوله تعالى فى المطلقات « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » •

وان كانت المبتوتة أو المخالعة حاملا فلها النفقة عند الجعفرية والشافعية حتى تضع حملها ، كما هو مذهب الحنفية لقوله تعالى « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » •

وأما المعتدة من وفاة فلا حق لها فى شىء من النفقة بكل أنواعها الثلاثة حاملا كانت أوغير حامل ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية ، لان مال الزوج انتقل بوفاته لورثته • واذاً فلا مال للزوج حتى تأخذ منه الزوجة نفقتها التى لم تصردينا بعد ، ولا شىء يجب لها على الورثة حتى ترجع به عليهم • وفى رواية عند الجعفرية أن الحامل المتوفي عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي فى بطنها «[١]» ، والاظهر من مذهب الشافعية أنه يجب للمتوفي عنها زوجها السكنى لا غير ، وغير الاظهر لا سكنى لها كما لا نفقة لها «[٢]» •

وأما المعتدة بسبب فسخ الزوجية فمذهب الحنفية أن لها النفقة بكل أنواعها ان كان الفسخ بسبب من قبل الزوج مطلقا ، أو بسبب من قبل الزوجة ليس بمعصية • فان كان سبب الفسخ معصية الزوجة كردتها أو اتصالها بأحد اصول الزوج أو فروعه اتصالا غير مشروع ، فلا حق لها فى نفقة الطعام

---

(١) الاستبصار للطوسي جـ٣ ص ٣٤٥ . والمختصر النافع ص ٢١٩ (هامش)
(٢) السراج الوهاج شرح المنهاج ص ٤٥٥ .

والكسوة . ولها نفقة السكنى فقط ، وعلة ذلك أن الطعام والكسوة خالص حقها فيسقط بمعصيتها ، أما السكنى ففيها مع حق الزوجة حق لله تعالى ، وما كان فيه حق لله لا يسقط بفعل العبد ، ولهذا المعنى لو خالعت امرأة زوجها على أن لا نفقة لها ولا سكنى سقطت نفقتها ولا تسقط سكناها .

ومذهب الجعفرية أن فرقة الفسخ والانفساخ الموجب للبينونة فى الحال توجب سقوط النفقة ان كانت الزوجة غير حامل ، سواء أكان سبب الفرقة هو الزوج أم الزوجة ، وفرقة الفسخ المعلق على انقضاء العدة ، ان كانت من قبل الزوجة كردتها بعد الدخول بها ، توجب سقوط النفقة ، وان كانت من قبل الزوج كردته بعد الدخول لا توجب سقوط النفقة . وقد عرفت من قبل أن اتصال الزوجة غير المشروع بأحد اصول الزوج أو فروعه لا يفسخ النكاح ان كان طارئا عليه عند الجعفرية ، وعلى هذا فلا تسقط نفقتها بهذا الاتصال خلافا لما ذهب اليه الحنفية .

هذا ولا فرق بين نفقة الزوجة ونفقة المعتدة فى كل ما تقدم من أحكام تتعلق بسقوط النفقة وعدم سقوطها ، وصيروتها دينا قويا أو ضعيفا ، وغير ذلك من الاحكام التي سبق الكلام عنها .

« الحق الثالث من حقوق الزوجة » — عدم الاضرار بها

الزوجية رابطة مقدسة يجب العمل على تقويتها وتوثيقها ، حتى تؤتى ثمرتها فى ظل من الاستقرار والطمأنينة .

والشارع الذي جعل الرجل قواما على المرأة بمقتضى طبيعته التي فطر عليها ، وبما أنفق من ماله ، لم يخف عليه أن بعض الناس يسىء استعمال حقه، ويتعدى مدى سلطته ، فيقسو على زوجته وهو أحق بأن يرحمها ، ويسعى فى الحاق الضرر بها وهو أولى بابعاد الضرر عنها ، لم يخف ذلك على الشارع الحكيم فنبه الزوج فى اكثر من آية ، واكثر من حديث، الى أن يعدل ولا يظلم، ويرحم ولا يقسو ، وينفع ولا يضر ، فقال عز من قائل « فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم

نفسه » وقال « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » وقال « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . وقال عليه الصلاة والسلام « خيركم خيركم لاهله وأنا خيركم لاهلي (١) » وقال « لا يفرك (٢) مؤمن مؤمنة ، ان كره منها خلقا رضي منها آخر » وقال « .. ألا واستوصوا بالنساء خيرا فانما هن عوان (٣) عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك (٤) » وقال « .. ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت » .

هذا هو خلق القرآن ، وأدب الاسلام ، فمن حاد عنه من الازواج ، وسلك غير طريق المؤمنين فآذى زوجته بالقول أو بالفعل ، كان من حق الزوجة أن ترفع أمرها الى القضاء ، وكان على القاضي ــ بما له من ولاية عامة ــ أن يحضر الزوج ويزجره بالقول فان ارتدع فبها والا كان له أن يعزره بما يراه من ألوان التعزير حتى يمسك عن أذى زوجته ، وليس للزوجة أن تطلب التفريق للضرر ، ولا يملك القاضي أن يجيبها اليه ــ هذا هو مذهب الحنفية والجعفرية وهو ما يجري عليه العمل الى الآن فى العراق .

أما فى مصر فقد رأى المشرع أن من الازواج من يبالغ فى أذى زوجته ، ويسرف فى الحاق الضرر بها ، ولا ينفعه تذكير ، ولا يرده عن ظلمه تعزير ، ورأى أن مذهب الحنفية ومن وافقهم لا يساعد الزوجة على الخلاص من هذه الزوجية التي لا تطاق ، فأعرض عن مذهب الحنفية وأخذ بمذهب مالك الذي يعطى للزوجة الحق فى أن تطلب التفريق للضرر ، ويعطى للقاضي سلطة التطليق جبرا على الزوج طلقة واحدة بائنة ، ولا شك أن فى هذا رفقا بالزوجة وانصافا لها .

« الحق الرابع للزوجة » ــ العدل عند تعدد الزوجات

اذا تزوج الرجل بأكثر من واحدة ، وجب عليه أن يعدل بين زوجاته فى

---

(١) أهل الرجل زوجته (٢) يفرك بفتح الياء وفتح الراء أي يبغض
(٣) عوان اي أسيرات (٤) يريد ملك الاستمتاع .

المأكل والملبس والمسكن والبيتوتة ، فان فضل واحدة على غيرها في شيء كان آثما «١» . وقال الجعفرية لاحق للزوجة الا في ليلة من أربع فان كان له زوجتان أو ثلاثا فلكل واحدة ليلة والباقي من الاربع له أن يضعه حيث شاء وعلى هذا فلو كان له زوجتان كان له أن يبيت عند واحدة ثلاث ليال وعند الاخرى ليلة واحدة ، لان له أن يتزوج من اثنتين اخريين ، واذا جاز له ذلك جاز له أن يجعل نصيبهما في المبيت لواحدة من الثنتين اللتين في عصمته بالفعل .

وأما العدل بين الزوجات في الحب والميل القلبي ، فهذا ما لا يدخل تحت طاقة البشر ، فالقلوب بيد الله يقلبها كيف يشاء ، ولا يكلف الله نفسا الا وسعها ، والرسول عليه الصلاة والسلام يقول بعد أن عدل بين زوجاته فيما يملك من نفقة وبيتوتة « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » .

هذا العدل في القسم بين الزوجات يستوي فيه الزوجة الغنية والفقيرة ، والعجوزة والشابة ، والبكر والثيب ، والصحيحة والمريضة ، والمسلمة والكتابية «٢» ، والقديمة والجديدة ، لان القسم من حقوق النكاح وجميع الزوجات في سبب القسم وهو النكاح سواء .

وذهب الشافعي والجعفرية الى أن الرجل لو تزوج امرأة على زوجته

---

(١) هذا على المختار من مذهب الحنفية من ان النفقة تكون على حسب حال الزوج وحده . واما على القول بان النفقة تكون على حسب حال الزوجين معا كما هو راي بعض الحنفية او على حسب حال الزوجة وحدها كما هو راي الجعفرية وبعض الحنفية فلا يجب على الزوج التسوية بين زوجاته في النفقة ان اختلفن يسارا واعسارا ، بل له أن يزيد نفقة الموسرة على نفقة المعسرة .

(٢) تقدم أن من يرى من الجعفرية صحة الزواج بالكتابية يقول بأن لها في القسم نصف ما للمسلمة . والامة في القسم على النصف من الحرة باتفاق بين الحنفية والجعفرية .

القديمة خص الجديدة بسبعة أيام وقدمها ان كانت بكرا ، وان كانت ثيبا خيرها بين أن يخصها بثلاثة أيام ويقدمها ، وبين أن يقدم لها سبعة أيام ويقضيها في حق الباقيات . ودليل الشافعي والجعفرية قول أنس رضى الله عنه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله » ولان الزوجة الجديدة قد تنفر وتستوحش أول الامر فتكون الزيادة سببا لازالة وحشتها ونفرتها . وأجاب الحنفية عن هذا بأن الجديدة والقديمة يستويان فى سبب وجوب القسم وهو النكاح فيستويان فى القسم أيضا ، قالوا : ولو جاز تفضيل احدى الزوجات لكانت القديمة أولى ، جبرا لها وتطيبا لخاطرها ، وأجابوا عن حديث انس بأنه محمول على أنه يبدأ في القسم بالزوجة الجديدة ، لا على أنه يزيد لها .

هذا ، وليس هناك زمن مقدر للمدة التي يقيمها الزوج عند كل واحدة من زوجاته ، بل يترك ذلك لتقديره هو ، فان شاء جعل لكل واحدة ليلة ، وان شاء جعل لكل واحدة ليلتين أو ثلاثا أو اكثر ، ولكن الاولى أن لا تزيد المدة عن اسبوع حتى لا تطول الوحشة على زوجاته «١» .

والمعتبر فى المناوبة بين الزوجات الليل لا النهار الا اذا كان الزوج ممن يشتغلون ليلا فتكون المناوبة حينئذ نهارا .

ومتى عين الزوج مدة الدور كان له أن يبدأ بمن شاء ، وكان عليه أن يوفى كل زوجة دورها فليس له أن يزيد فى دور واحدة وينتقص من دور الاخرى الا اذا أذنت صاحبة الحق له فى ذلك ، أو كانت هناك ضرورة كأن احتاج أن يقيم عندها فوق مدتها ليقوم بتمريضها .

---

(١) قال الكمال ابن الهمام فى الجزء الثاني من فتح القدير ص ٥١٨ (.. لو اراد ان يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك له ، بل ينبغي ان لا يطلق له مدة الايلاء وهو اربعة اشهر ، واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة ، واظن اكثر من جمعة مضارة الا ان ترضيا به) .

واذا تنازلت احدى الزوجات عن نوبتها لضرتها صح، لما ورد من أن سودة رضى الله عنها تنازلت عن نوبتها لعائشة ، وأقر الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك . واذا أرادت الرجوع فيما تنازلت عنه صح ذلك ، لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط .

واذا أراد الزوج سفرا فله أن يختار من زوجاته من يشاء للسفر معه ، ولا يجب عليه اجراء القرعة بينهن، وان كان ذلك أولى عندالحنفية والجعفرية.

وذهب الشافعية الى أن القرعة واجبة، لما روى عن عائشة رضى الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ، وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها .

ورد الحنفية مذهب الشافعية بأن الزوج لا يجب عليه أن يصحب أحدا من نسائه معه فى سفره ، فلا يجب عليه أن يقرع بينهن ان أراد السفر بواحدة منهن ، وبأن السفر لا تصلح له كل واحدة فهناك الخفيفة النشيطة ، وهناك الكسلة البليدة ، وهناك من تصلح لحفظ متاعه فى غربته ، وهناك من لا تصلح لشيء من ذلك ، وأجابوا عن حديث عائشة بأن الرسول كان يفعل القرعة تطيبا لقلوب نسائه لا لوجوب ذلك عليه ، اذ أنه عليه الصلاة والسلام ما كان يجب عليه القسم لا فى سفر ولا فى حضر ، يشهد لذلك قوله عز وجل « ترجى من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ومن ابتغيت ممن عزلت فلا جناح عليك »[1] .

ومن سافر بها لا تحتسب مدة سفرها من ايام دورها عند الحنفية لان مدة السفر لا تدخل تحت القسم الواجب . وقال الشافعية والجعفرية اذا سافر ببعض نسائه بقرعة فلا يقضي للباقيات . واذا سافر من غير قرعة فعليه أن يقضي لمن بقى بقدر غيبته مع التي سافر بها .

---

(١) فى الآية افهام اخرى غير هذا الفهم الذي يشهد لمذهب الحنفية فراجع كتب التفسير .

واذا مرض الزوج فى بيت ليس فيه احدى زوجاته كان عليه أن يدعو كل واحدة منهن لقضاء نوبتها عنده . وان مرض فى بيت واحدة من زوجاته وكان قادرا على التحول من بيت الى بيت وجب عليه أن يتحول الى بيت الاخرى بعد انتهاء مدة النوبة . وان كان لا يقدر على التحول لشدة المرض أقام ما أقام مدة مرضه ثم تحول الى الاخرى بعد قدرته على التحول وأقام عند الثانية بمقدار ما أقام مريضا عند الاولى .

واذا لم يعدل الزوج فى القسم بين زوجاته كان للزوجة الحق فى أن ترفع أمرها الى القاضي ، وعلى القاضي أن يؤنبه بالقول أو يعزره حتى يعدل في قسمه ، ولا حق للزوجة فى طلب التفريق لعدم العدل فى القسم ، ولا يجيبها القاضي الى ذلك لو طلبته . ومذهب مالك يعطي الزوجة حق طلب التفريق للضرر الحاصل من عدم العدل فى القسم ويعطي القاضى سلطة التطليق جبرا على الزوج طلقة واحدة بائنة ، وعلى هذا يجري العمل فى المحاكم المصرية .

الفصل الثانى

« فى : حقوق الزوج على زوجته »

أجمل القرآن الكريم حقوق الزوج على زوجته فى هذه الآية « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . فقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » وقوله « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » . أثبت للزوج حق الطاعة على زوجته ، فاذا ما سلمها مهرها ، أو سلمها ما اتفق أو تعورف على تعجيله ، كان له عليها حق الدخول فى طاعته ، والانتقال الى بيته ، وتمكينه من نفسها ، ما دام قد هيأ لها المسكن الشرعي ، فان امتنعت بعد ذلك عن الدخول فى طاعته كانت ناشزة وسقط

حقها فى النفقة كما تقدم . واذا انتقلت الى بيت الزوج كان من حقه عليها أن تقر فى البيت ولا تخرج منه بغير اذنه الا لضرورة كزيارة أبويها فى كل اسبوع مرة ، ومحارمها كالاخ والعم فى كل سنة مرة ، وقيل فى كل شهر مرة ، وعن أبي يوسف تقييد ذلك بعدم قدرتهم على المجيء اليها . وعند الجعفرية تخرج لزيارة والديها ومحارمها بحيث لا يتحقق منها العقوق والقطيعة ولا يقيد ذلك بزمان محدد لان الامر يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال .

واذا مرض أبوها وليس له من يمرضه غيرها كان لها أن تذهب اليه لتقوم على تمريضه ولو بغير رضا الزوج ، ولا تكون بذلك خارجة عن طاعته لان حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض .

ومن حق الزوج على زوجته أن لا تسمح لاحد بدخول بيته بغير اذنه الا لابويها ومحارمها فى الاوقات التي سبق ذكرها ، وفى هذا كله يقول عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله أن تأذن فى بيت زوجها وهو كاره، ولا تخرج وهو كاره، ولا تطيع فيه أحدا ، ولا تعتزل فراشه، ولا تضربه ..» .

ومن حق الزوج على زوجته أن تحسن عشرته ، وترعى ولده ، وتحفظ سره ، وتصون ماله ، وتحيط نفسها وشرفها بسياج من الطهر والعفة ، وأن تتجنب مواطن الشبهات ، ومسالك الفتنة .

ويجب على الزوجة — ديانة لا قضاءً — أن تقوم بعمل البيت من خبز وطبخ وغسل وما الى ذلك ، ان كانت قادرة على العمل وكانت ممن يخدمن أنفسهن فى العادة ، لان الرسول صلى الله عليه وسلم قسم العمل بين علي وفاطمة رضى الله عنهما فجعل عليه عمل الخارج وعليها عمل الداخل . أما من ناحية القضاء فقيل تجبر على العمل ان كانت قادرة عليه وممن يخدمن أنفسهن فى العادة وقيل لا تجبر . وان كانت لا تقدر على العمل ، أو تقدر عليه ولكن أمثالها لا يقمن بالخدمة عادة ، فالواجب على الزوج فى هذه الحالة أن يحضر لها من يقوم بخدمة البيت .

وللزوج على زوجته ولاية التأديب ان خالفته فيما يجب عليها من طاعة ، وقد بين الله لنا طريق التأديب وجعل له حدا أدنى وحدا أعلى ، فقال سبحانه « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

فان رأى الزوج انحرافا من زوجته ومخالفة فسبيل علاجها أولا الموعظة الحسنة ، فان لم تفد الموعظة هجرها فى المضجع هجرا جميلا غير موحش بأن يوليها ظهره أو ينام فى فراش وحده ، فان لم يفد ذلك أيضا فله أن يضربها ضربا غير مبرح ولا مشين .

هذا الذي قلناه وأجملته الآية الكريمة بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله « ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر الا فى البيت » . فان تعدى الزوج حده ، وتجاوز حقه ، فضرب زوجته بغير حق ، أو ضربها بحق ولكن ضربا اليما أو مشينا كان لها أن ترفع الامر الى القاضي ، وعلى القاضي — أن ثبت لديه عدوان الزوج — أن يعزره بما يراه كافيا لزجره عن معاودة ما ارتكب مع زوجته دون أن يكون له حق فى ايقاع الطلاق جبراً على الزوج للضرر .

ومذهب المالكية الذي يبيح الطلاق جبرا على الزوج للضرر يعطي الزوجة فى هذه الحالة حق طلب التفريق ويعطي القاضي سلطة ايقاع الطلاق جبرا على الزوج ، طلقة واحدة بائنة ، وعلى هذا يجري العمل فى القضاء المصري ، وعلى الاول ، وهو مذهب الحنفية والجعفرية يجري العمل في المحاكم العراقية .

هذا وقد مر بك — من قبل — أن الزوج لا ولاية له على مال زوجته ، ولا حق له فيه ، وانما الولاية لها وحدها على مالها ، ان كانت أهلا للولاية ، وان لم تكن أهلا لها فالولاية لولى المال دون غيره .

الفصل الثالث

« فى : الحقوق المشتركة بين الزوجين »

من أثر الزوجية الصحيحة . وجود حقوق مشتركة بين الزوجين وهي :

(١) حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، لان مقاصد الزواج لا تحصل الا به .

(٢) حسن المعاشرة ، لان الحياة الزوجية لا تكون مستقرة سعيدة الا بأن يحسن كل من الزوجين عشرة صاحبه .

(٣) حرمة المصاهرة ، وقد تقدم أن المصاهرة لحمة كلحمة النسب .

(٤) ثبوت النسب ، لان الولد ثمرة الزواج فالام والدة ، والاب مولود له ، كما هو نص القرآن الكريم .

(٥) ثبوت التوارث بين الزوج والزوجة ، فأيهما مات ورثه الآخر بمقدار ما فرض الله .

« القســم الثانى »

فرق الزواج وآثارها

تمهيد

فى : (١) بيان معنى الفرق (٢) أنواعها ومميزات كل نوع (٣) من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضي .

١ ـ معنى الفرق :ـ

الفرق ـ لغة ـ جمع فرقة ، وهي اسم للافتراق ضد الاجتماع .

وفرق الزواج ما تنحل به عقدته ، وتنقطع به علائق الزوجية بين الرجل والمرأة .

٢ ـ أنواع الفرق ومميزات كل نوع :ـ

وفرق الزواج نوعان ، نوع يعتبر طلاقا ، ونوع يعتبر فسخا ، وتتميز فرق الطلاق عن فرق الفسخ من نواح ثلاثة :

(الناحية الاولى) ـ ناحية الحقيقة ، فحقيقة الطلاق ، انهاء عقد الزواج بألفاظ مخصوصة مع تقرير الحقوق السابقة ، وقد يكون انهاء الزواج في الحال وذلك فى الطلاق البائن بقسميه ، وقد يكون فى المآل ، وذلك فى الطلاق الرجعي .

أما الفسخ فحقيقته نقص العقد فى الحال ، ورفعه اما من أساسه كأنه لم يكن من قبل ، كالفسخ بخيار البلوغ ، وأما من وقت وجود سببه ، كالفسخ بردة الزوجة .

(الناحية الثانية) ـ ناحية الاسباب التي يستند اليها كل منهما ، فالطلاق سببه صدور اللفظ الدال عليه من الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل بالطلاق، والقاضى ، والمفوضة التي جعل الزوج الطلاق بيدها ، ويلحق بلفظ الطلاق الخلع والايلاء وما فى معناهما من كل ما تكون الفرقة فيه لسبب غير عدم لزوم العقد وغير وجود المنافي لبقاء الزوجية . والطلاق أيا كان مصدره لا يكون الا فى زواج صحيح .

أما الفسخ فسببه اما وجود حالات مقارنة للعقد من مبدئه مقتضية عدم

لزومه من أول الامر كالعقد على الصغيرة بولاية عمها مثلا حيث لم يقع العقد لازما من أول الامر ، فاذا بلغت الصغيرة ولم ترض باستمرار العقد كانت الفرقة فسخا للعقد من أساسه ، وأما وجود حالات طارئة على العقد منافية لبقائه كردة الزوجة ، وكاتصالها بأحد اصول الزوج أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة ، فحيث وجد العارض الذي ينافي بقاء الزوجية وجب الفسخ فى الحال لا على أنه فسخ للعقد من أساسه ، بل على أنه فسخ له من وقت وجود المنافي .

(الثالثة) ـ من ناحية الآثار المترتبة على كل منهما ، ففرقة الطلاق تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته . وفرقة الفسخ لا تحتسب ولاينقص بها العدد . وفرقةالطلاق بما دون الثلاث يقع الطلاق فى عدتها لان الطلاق لاينقص العقد ولايزيل الحل . وفرقةالفسخ ـ عدا مايكون بسبب الردة أو الأباء عن الاسلام «١» ـ لا يقع الطلاق فى عدتها ، لان الطلاق أثر العقد ، وقد نقض العقد فلا يثبت طلاق .

هذا ، وقد ضبط فقهاء الحنفية كلا من الطلاق والفسخ بضابط يميز كلا منهما عن صاحبه ، فاتفقوا على أن كل فرقة وقعت من جانب الزوجة تعتبر فسخا ، لان الطلاق ليس من شأن المرأة .

واختلفوا فى الفرقة التى تقع من جانب الرجل ، فذهب أبو يوسف الى أن كل فرقة بسبب من جانب الزوج له نظير يفسخ به من جانب الزوجة تكون فسخا ، وذلك كالفرقة بسبب ردة الزوج ، أو بسبب فعله مع أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . وكل فرقة من جانب الزوج ، او بسبب من جهته ليس له نظير من جانب الزوجة فانها تكون طلاقا ، وذلك كالفرقة بلفظ الطلاق ، والفرقة بسبب عيب جنسى فى الزوج كالجب والعنة .

وذهب محمد الى أن كل فرقة من جانب الرجل ، أو بسبب من جهته

---

(١) هذا الاستثناء مبنى على استحسان قصد به الزجر والعقوبة .

مختص بالزواج ، تكون طلاقا ، سواء فى ذلك ما يكون له نظير من جانب الزوجة يفسخ به ، وما ليس له نظير ، وعليه فالفرقة عنده بسبب ردة الزوج أو ابائه الاسلام طلاق لا فسخ .

وذهب أبو حنيفة الى ما ذهب اليه محمد ، غير انه خالفه فى الفرقة بسبب ردة الزوج فاعتبرها فسخا لا طلاقا ، لان من ارتد كمن مات لاهدار دمه ، وفرقة الموت فسخ باتفاق ولا يتصور أن تكون طلاقا ، فكذا فرقة ما هو فى حكم الموت وهو الردة .

٣ ــ من الفرق ما يتوقف على قضاء القاضي : ــ

ثم ان فرق الزواج على عمومها ، منها ما يتوقف وقوعة على قضاء القاضى ، ومنها ما يقع من تلقاء نفسه وليس بحاجة الى القضاء ، والضابط فى معرفة ما يحتاج الى قضاء وما لا يحتاج ، هو أن كل فرقة تنبني على أسباب تكون موضع خفاء ومحل نظر وتحتاج الى تقدير كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج ، لا بد فى ايقاعها من قضاء القاضى ، لان تقدير الناس يختلف ، وعند الاختلاف يرجع الى القاضى ليقدر الامر ويفصل فيه بما يرى .

وكل فرقة تنبني على أسباب جلية ليست محل نظر وتقدير ، كالفرقة بسبب ظهور خلل فى العقد أو بسبب ردة احد الزوجين لا تحتاج الى قضاء ، بل تقع من تلقاء نفسها .

أما الجعفرية ، فلا يرون شيئا من الفرق بحاجة الى قضاء القاضى ، بل نجدهم فى التفريق بسبب العنة ــ وهو امر يحتاج الى نظر ــ يقولون ان الزوجة اذا رفعت أمرها الى القاضى فأجل الزوج سنة ، كان لها أن تستقل بالفسخ بعد مضى الاجل ان لم يصل الزوج اليها (١) .

وبعد ، فيمكن ــ على ضوء ما تقدم ــ أن نجمل فرق الزواج فى الاقسام الآتية :

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٧٦ .

أولا — فرقة هي طلاق ولا تتوقف على قضاء القاضى •
ثانيا — فرقة هي طلاق وتتوقف على قضاء القاضى •
ثالثا — فرقة هي فسخ ولا تتوقف على قضاء القاضى •
رابعا — فرقة هي فسخ • وتتوقف على قضاء القاضى •

وبعد معرفة الضابط الذي يميز فرق الطلاق عن فرق الفسخ ، ومعرفة الضابط الذي يميز ما يحتاج الى قضاء وما لا يحتاج ، يمكن بسهولة ادراج أفراد كل قسم تحته بسهولة واليك البيان :

القسم الاول — فرق الطلاق التى لا تتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بلفظ الطلاق من الزوج ، أو من وكيله بالطلاق ، أو من الزوجة التي جعلت عصمتها بيدها •

(٢) الفرقة بسبب الخلع •

(٣) الفرقة بسبب الايلاء •

(٤) الفرقة بسبب ردة الزوج على رأي محمد ، خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف والجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

القسم الثانى — فرق الطلاق التى تتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بسبب اللعان عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

(٢) الفرقة بسبب عيوب الزوج الجنسية ، خلافا للجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

(٣) الفرقة بسبب اباء الزوج عن الاسلام على رأي أبي حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف والجعفرية فانها عندهم فرقة فسخ •

وقد أخذ المشرع المصري بمذهب مالك فزاد على ما تقدم الفرقة بسبب الاضرار بالزوجة ، وبسبب اعساره بالنفقة ، وبسبب غيبته أو حبسه •

القسم الثالث — فرق الفسخ التى لا تتوقف على قضاء :

(١) الفرقة بسبب فساد العقد •

(٢) الفرقة بسبب اتصال احد الزوجين بأحد أصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة •

(٣) الفرقة بسبب ردة الزوجة •

(٤) الفرقة بسبب ردة الزوج على رأي أبي حنيفة وابي يوسف والجعفرية •

(٥) الفرقة بسبب خيار العتق للزوجة •

(٦) الفرقة بسبب ملك أحد الزوجين للآخر •

القسم الرابع — فرق الفسخ التى تتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة •

(٢) الفرقة بسبب خيار الافاقة من الجنون للزوج أو الزوجة •

(٣) الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج •

(٤) الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل •

(٥) الفرقة بسبب اباء الزوجة الاسلام •

(٦) الفرقة بسبب اباء الزوج الاسلام على رأي أبى يوسف والجعفرية•

وهنا ننبه على امور :

(أولا) — فى كل فرقة تتوقف على قضاء القاضى تبقى أحكام الزوجية قائمة رغم وجود سبب الفرقة حتى يحكم القاضى بها ، فمثلا اذا وجد سبب الفرقة ثم مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل تفريق القاضى تأكد حق الزوجة فى كل المهر ، وكذا يرث أحدهما الآخر ما لم يكن هناك مانع من موانع الارث كاختلاف الدين •

(ثانيا) — من الفرق ما يوجب الحرمة المؤبدة كالفرقة بسبب ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومن الفرق ما يوجب الحرمة المؤقتة كالفرقة بسبب خيار البلوغ والفرقة بسبب الردة ، والفرقة بسبب اللعان عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والجعفرية فان اللعان عندهم يوجب حرمة مؤبدة •

(ثالثا) — كل فرقة من قبل الزوجة أو وليها بسبب مشروع ، أو بسبب

هو معصية كردتها ، تسقط حقها فى المهر ما لم يتأكد بالدخول الحقيقي أو الحكمي ، وكل فرقة من قبل الزوج لا تسقط شيئا مما وجب للزوجة من المهر، فلها كل المهر بعد الدخول ، ولها نصفه أو المتعة قبل الدخول ، ويستثنى من ذلك ما لو اختار الزوج فسخ الزواج قبل الدخول بسبب خيار البلوغ فانه لا يكون للزوجة حق فى شىء من المهر كما علمت من قبل .

وكل فرقة بسبب وفاة الزوج ، أو معصية الزوجة لا يتقرر معها نفقة للزوجة أثناء العدة كما تقدم عند الكلام عن النفقة .

(رابعا) ــ التفريق بسبب الردة انما هو فى حالة ارتداد احد الزوجين وبقاء الآخر مسلما ، أما لو ارتدا معا وعادا معا فالزوجية باقية ، ولا حاجة الى عقد جديد ، كماسيأتي .

الباب الاول

« فــي : الطـــلاق »

(١) تعريف الطلاق ، الادلة على جوازه ، حكمة مشروعيته ، صفته الشرعية (٢) ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن يقع عليها (٣) طلاق السنة وطلاق البدعة (٤) صريح الطلاق وكنايته (٥) الطلاق المنجز والمعلق والمضاف (٦) الطلاق الرجعي والبائن (٧) الرجعة (٨) تفويض الطلاق الى الزوجة (٩) طلاق المريض .

الفصل الاول

فى : تعريف الطلاق ، والادلة على جوازه ، وحكمة مشروعيته ، وصفته الشرعية :

١ ـ تعريف الطــــلاق :ـ

الطلاق لغة رفع القيد الحسى أو المعنوي ، وشرعا رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية (١) •

٢ ـ الادلة على جــواز الطلاق :ـ

ويدل على جواز الطلاق الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والعقل •

أما الكتاب ، فآيات كثيرة منهــا قوله تعالى (الطــلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وقوله (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) وقوله (يا أيها النبي اذا طلقتم النســاء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) •

وأما السنة ، فأحاديث كثيرة منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حفصة ثم راجعها ، ومنها ما روى من أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : كان تحتي امرأة أحبها وكان أبي يكرهها فأمرني أن أطلقها فأبيت فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « يا عبد الله بن عمر طلق زوجتك » •

وأما الاجماع ، فقد انعقد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على أن للرجل أن يطلق زوجته •

وأما العقل ، فلان الحياة الزوجية قد تصبــح جحيما لا يطاق لســوء العشرة وعدم الالفة ، فأباح الشارع الطلاق للخلاص من حياة هذا شأنها ، ولو لا هذا لساءت العاقبة ، وفسدت حياة كثير من الناس •

٣ ـ حكمة مشروعية الطلاق :ـ

شرع الله عز وجل الزواج وأراده على جهة الدوام والتأبيد ليكون مــن ورائه راحة البال وسكن النفس • ودوام الزوجية انما يرجى عند انسجــام

---

(١) يلحق باللفظ الدال عــلى الطلاق ما يفيد معناه مــن الكتابة واشارة الاخرس كمــا سيأتي .

الوضع ، وتوافق الطبع . وسكن كل من الزوجين الى صاحبه انما يؤمل من وراء توافر الود ، وتبادل الحب .

والزواج رابطة تستمد قوتها من ثقة كل من الزوجين بصاحبه ، وتؤتى ثمرتها لو عرف كل للآخر حقه وقام نحوه بواجبه .

والله الذى يعلم مصالح عباده ، ويعلم ان الخير كل الخير فى دوام الحياة الزوجية واستقرارها ، ويعلم أن الشر كل الشر فى تفريق ما جمع ، وقطع ما وصل لغير ما سبب ، يعلم ان الحياة الزوجية قد تشوبها شوائب ومكدرات، وتعكر صفوها منغصات ومنغصات ، ويعلم أن الحياة الزوجية مع الخلف جحيم لا يطاق ، فكان من رحمته بعباده أن جعل لهم من ذلك مخلصا فشرع الطلاق ليكون مخلصا من زوجية لا روح لها ولا خير فيها ، وتلك — لاشك — حسنة من محاسن التشريع الاسلامى ، اذ من الناس من يخطب المرأة ثم يعقد عليها ويدخل بها ، فيتكشف له من أمرها ما يسوء حيث يرى طبعا لا يوافق طبعه ، وخلقا لا يلائم خلقه ، وقد يرى منها ما ينافى الطهر ويجافى العفة ، وكذلك المرأة قد ينكشف لها من أمر زوجها ما يسوء ، فمن الخير — مع قيام هذه المنفرات التى لا يجتمع معها شمل — أن يفترقا ويمضى كل الى سبيله لعله أن يوفق بعد الى زوجية صالحة .

وقد يصاب أحد الزوجين أو يظهر أنه مصاب بمرض لا يمكن معه المعاشرة ، او تكون من ورائه عدوى الصحيح منهما فكان فى الطلاق منجى من ضر ، وخلاص من شر ..

وقد لا تثمر الزوجية ثمرتها من الولد مع شدة رغبة كل من الزوجين فى أن تكون لهما هذه الثمرة ، فاذا افترقا كان لكل ما يرجوه من الولد ، ومن الواقع ما يشهد لذلك ويؤيده .

وقد يلحق الزوج الاذى بزوجته ، أو يعجز عن الانفاق عليها ، أو يغيب أو يحبس مدة تطول على الزوجة ، وتقع بسبب ذلك فى العنت والمشقة ، فكان من رحمة الشارع بها أن جعل لها حق طلب الطلاق ، وأوجب على

القاضى أن يطلقها من زوجها ، رفعا للضرر عنها (١) .

والقلوب ــ بعد ذلك ــ بيد الله يقلبها كيف يشاء ، فمن حب الى بغض، ومن ألفة وانسجام الى نفرة وخصام ، ومع تحول القلب عن القلب ، وانصراف النفس عن النفس ، تتولد الشحناء ، ويكون الشقاء ، ويشتد البلاء ، وفى الطلاق من ذلك كله خلاص ونجاء .

وهناك أسباب وراء ذلك ، تفسد معها الحياة الزوجية ، وتجعلها نقمة بعد ان كانت رحمة ونعمة ، فهل من الانصاف ــ بعد ذلك ــ أن يقال أن الاسلام باباحته الطلاق قد أهدر كرامة المرأة وقسا عليها ؟!!.. لا ان الاسلام لم يهدر كرامة المرأة ولم يقس عليها حين شرع الطلاق ، لانه ما أراد من ورائه الا خلاص الزوجين من رابطة لا امل فيها ولا خير ، ليستبدل كل منهما زوجا خيرا من زوجه « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته » .

لم كان الطلاق بيد الزوج ؟ :

ولم يكن الاسلام قاسيا على المرأة حين جعل الطلاق بيد الزوج وحده ، وانما هي الحكمة كل الحكمة ، لانه لو جعله بيد الزوجين معا فقد لا يتفقان عليه ، لانه مع العناد وقصد الكيد قلما يجتمعان على رأي واحد ، فواحد يريد الطلاق والآخر يصر على البقاء امعانا فى الكيد لصاحبه ، وتصور زوجا مجذوما تريد زوجته الطلاق وهو لا يريده ، وزوجة فى سلوكها ريب يريد زوجها التخلص من عارها وهي مصرة على أن لا تفارقه ، أيكون فى جعل الطلاق بيد الزوجين معا ــ والحالة هذه ــ شيء من الحكمة ؟... لا .

ولو جعل الشارع الطلاق بيد الزوجة لا بيد الرجل لادى ذلك الى مفسدة ، فالمرأة ــ فى الاعم الاغلب «٢» ــ مرهفة العاطفة، شديدة التأثر، سريعة الانفعال،

---

(١) وهذا مذهب مالك وعليه العمل فى مصر كما عرفت من قبل .

(٢) كثيرا ما نرى بعض النساء أضبط عاطفة ، واقل انفعالا وتأثرا من بعض الرجال ، ولكن التشريع لا يبنى على حالات فردية ، وانما يبنى على الاعم الاغلب من امور النـاس .

وقد يثور بها الغضب فتندفع الى الطلاق بدون تدبر فى العواقب ، وقد تشتط بها العاطفة فتندفع وراء نزوة حب ، وتتخلص بالطلاق من زوجيتها الحاضرة، طمعا فى زوجية اخرى تخالها أسعد وأرغد ، وهي فى كل هذا لا تخشى ضررا ماليا بل على العكس هي التى أخذت المهر فى الاولى ، وهي التى ستأخذ المهر فى الثانية .

أما الرجل فلا شك أن الشأن فيه التريث والتدبر فى العواقب ، ولا شك أنه لا يندفع وراء عاطفتـه وميوله بمثل السرعـة التي تندفع بهـا المرأة وراء عاطفتها وميولها ، والزوج هو الذى اعطى المهر وانفق ماله ، وان طلق فوراء طلاقه تبعات مالية كمؤخر الصداق ، ونفقة العدة ، وقد يتزوج اخرى فيحتاج الى ان يقدم مهرا من جديد ، وكل هذا مما يجعله يتروى فى الامر ولا يتسرع فى الطلاق ، على أن الزوج هو الذي يقوم على الزوجة ويرعى شأنها ، ويضطلع بتبعات الحياة الزوجية ، فكان منطق الحياة أن تكون عقدة النكاح بيده لا بيد الزوجـة ، والا كان فى ذلك عكس الاوضاع وقـلب الحقـائق .

ثم أن الشارع لم يهمل جانب المرأة فى الطلاق بل جعل لها الحق فى أن تشترط أن تكون عصمتها بيدها ، وجعل لها الحق فى أن تطلب من القـاضى طلاقها من زوجها ان كان هناك ما يدعو الى الطلاق ، واوجب الشارع عـلى القاضى أن يجيبها الى ما تطلب ان تحقق لديه انها على حق فيما تدعيه .

... وبعد فهذه نظرة الاسلام فى الطلاق وهي نظـرة صائبـة أدركها المنصفون من اعداء الاسلام . وها نحن نرى اليوم بعض الامم تأخذ بنظام الطلاق مع أن دينها لا يقول به ولا يقره ، وما ذلك الا لانها رأت فيه خير الاسرة وخير المجتمع .

ولكن على الرغم من ظهور حكمة التشريع فى نظام الطلاق فى الاسلام جدت نزعة متطرفة تدعو الى أن يكون الطلاق كله بيد القاضى بحيث لا يملك الزوج أن يطلق زوجته فيما بينه وبينها ، وهذه فكرة لا مصلحة فيها ، بل على

العكس فيها مفسدة ومضرة ، فالطلاق فى كثير من الاحيان ينبني على أسباب قلبية ، ومسائل نفسية ، لا يمكن انتقوم عليها بينات ، ولا يتصور أنيتناولها الحس أو يستدل عليها بالامارات ، فكيف يستطيع القاضى أن يفصل فى أمر استخفى فى نفس صاحبه ، واستتر فى ضميره ؟.

والنزاع فى الحياة الزوجية ليس نزاعا بين ظالم ومظلوم فى كل حالاته ، بل كثيرا ما يكون الامر أمر مودة فسدت ، ومحبة تبددت ، وزوجية بعد ذلك لا تصلح للبقاء ، والقلوب ـ كما علمت ـ بيد الله لا بيد القضاء .

ثم أن من أسباب الطـلاق ما لو نشـر أمام القضاء ، ودون فى سجلات المحاكم ، ولاكته ألسنة الدفاع ان كان هناك دفاع ، لفضح أسرار البيوت ، وكشف خبايا الاسر ، وقضى على سمعة الزوج او الزوجة ، ومن أدب الاسلام أن نحفظ على الناس أسرارهم ، ونرعى حرمتهم ولا نهتك أستارهم .

لم جعل الشارع الطلاق ثلاثا ؟ :

وانما جعل الشارع عدد الطلقات ثلاثا ، وجعل السنة فيها أن تكون متفرقة لا دفعة واحدة ، لان الزوج اذا أوقع الطلقة الاولى على زوجته ربما أدركه الندم على ما وقع منه ، وأحب معاودة زوجته فتكون أمامه الفرصة لاعادتها الى عصمته بدون رضاها وبلا مهر ولا عقد ان كان الطلاق رجعيا والعدة باقية ، وبرضاها وبعقد ومهر جديدين ان انقضت العـدة فى الرجعي أو كان الطلاق بائنا ، وكذلك يستطيع أن يتدارك الامر لو أوقع الطلقة الثانية ، فان أوقع الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، لانه لما طلقها الثالثة بعد أن طلقها وأعادها الى عصمته مرتين دل ذلك على أنالحياة الزوجية بينهما لا خير فيها فأولى أن تزول .

٤ ـ صفـة الطـلاق الشرعية : ـ

اختلف الفقهاء فى ايقاع الطلاق ، هل الاصل فيه الاباحة أو الحظر ؟.
قال فريق منهم الاصل فى ايقاع الطلاق الاباحة لان الله يقول (لا جناح

عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) ولان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ، وكذا طلق كثير من الصحابة نساءهم ، ولو كان الطلاق محظورا ما أقدم عليه النبي وأصحابه . وقال فريق آخر الاصل فى ايقاع الطلاق الحظر الى أن يوجد ما يدعو اليه ، لان الله يقول (... فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) ، ولقوله عليه الصلاة والسلام (لا تطلقوا النساء الا من ريبة ، فان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات) ، ولان الطلاق لغير ما سبب سفه وظلم ، وكفران بنعمة الله ، وقطع لما أمر الله به أن يوصل، وجناية على الزوجة والاولاد والمجتمع .

وظاهر أن الحق فى جانب الفريق الثانى لوضوح أدلتهم ، وأما ما استدل به الفريق الاول فلا ينهض حجة على ما ذهبوا اليه ، لان نفي الجناح فى الآية التي استدلوا بها منصب على الطلاق قبل الدخول وتسمية المهر ، فالقيد هو الملاحظ فى نفى الجناح ، فيكون مدلول الآية ان عدم الدخول والتسمية لا يمنع من صحة ايقاع الطلاق ، لا أن الطلاق مباح لسبب ولغير سبب . وأما طلاق النبي وأصحابه فلا يعقل أن يكون لغير سبب ، والا كان سفها وبغيا ، وهم أبعد الناس عن ذلك .

وما دمنا قد وصلنا الى أن الاصل فى الطلاق الحظر ولا يباح الا لسبب، أمكن أن نقول ان الطلاق تارة يكون مباحا اباحة مجردة ، يستوي فيها جانب الفعل والترك ، وذلك اذا كان سبب الطلاق ضعيفا كمجرد النفور الطبيعي بين الزوج والزوجة .

وتارة يكون مستحبا ، وذلك اذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة وايذاءها لزوجها أو لاقاربه أو لجيرانه ، أو كانت غير متدينة لا تصلي ولا تصوم ولا تعرف لله حقه ، وتمادت فى ذلك ولم ينفع معها نصح ولا تأديب .

وتارة يكون واجبا ، وذلك اذا كان سبب الطلاق قويا كما لو كان في الزوج عيب جنسي لا ترضى به الزوجة كالجب والعنة ، أو كانت الزوجة تسلك مسالك الريبة وتتهاون فى عرضها وشرفها .

وتارة يكون مكروها ، وذلك اذا لم يوجد ما يبرر الطلاق أصلا ، وعن أحمد أنه حرام ان وقع مع استقامة الحال وعدم المبرر .

وتارة يكون حراما ، وذلك اذا طلقها على غير جهة السنة لقصد الاضرار بها واطالة مدة العـدة عليهـا .

وعلى أية حال فالطلاق يقع سواء أكان مباحا أم محظورا ، مكروها أم حراما ، لان الكراهة أو الحرمة لا تنافي الوقوع فى حد ذاته ، غير أن الجعفرية وابن تيمية وابن القيم لا يرون وقوع الطلاق البدعي ، وستعرف تفصيل ذلك فيمـا بعـــد .

الفصل الثانى

فى : ما يقع به الطلاق ، ومن يقع منه ، ومن يقع عليها .

١ ـ ما يقع به الطلاق وهو ركنـه : ـ

ركن الطلاق ، هو اللفظ الذي يفيـد معنى الطلاق ، أو ما يقـوم مقام اللفظ من الكتابة ، أو الاشارة المفهومة . وعلى هذا فالطلاق يقع بالعبـارة ، وبالاشـارة ، وبالكتابـة .

أما العبارة ، فالمراد منها اللفظ الدال على حل رباط الزوجية بأي لغـة كانت ، صريحا كان اللفظ أو كناية ، بشرط اضافته الى الزوجة حقيقـة أو حكما ، وبحيث يفهم منه تطليقها لغـة أو عرفا ، فمثال الطلاق المضاف الـى الزوجة حقيقة قوله لها طلقتك ، أو أنت طالق ، أو زوجتى طالق ، أو هـذه طالق (مشيرا الى زوجته) . ومثال الطلاق المضاف الى الزوجة حكما قولـه علي الطلاق لا أفعل كذا ، أو الطلاق يلزمني ان فعلت كذا ، أو علي الحرام لا أفعل كذا ، لان هذا معناه عرفا ان فعلت كذا فامرأتي طالق أو حرام علي .

ويشترط فى لفظ الطلاق أيضا أن لا يكون معلقا على مشيئة الله ، فان علقه على مشيئة الله كأن قال لها أنت طالق ان شاء الله وكان الاستثناء متصلا مسموعا لا يقع الطلاق ، لانه علقه على مشيئة من لا تعرف مشيئة ، فان كان

الاستثناء غير متصل أو غير مسموع وقع الطلاق .

ويشترط كذلك أن تكون صيغة الطلاق مفهومة للمتلفظ بها ، فاذا لقن شخص كلمة الطلاق فنطق بها وهو لايعرف معناها لايقع الطلاق لعدم القصد .

وعند الجعفرية يشترط فى لفظ الطلاق أن يكون صريحا ، وعلى صيغة اسم الفاعل من مادة الطلاق ، مضافا الى الزوجة وأن يكون منجزا غير معلق على شرط أو صفة من الصفات المستقبلة ، ولابد عندهم من حضور شاهدين عدلين يسمعان لفظ الطلاق لقوله تعالى فى شأن الطلاق (واشهدوا ذوي عدل منكم) ـ والحنفية وجمهور الفقهاء لا يشترطون الاشهاد على الطلاق لان الانسان لا يحتاج الى البينة عند استعمال حقه ، أما الامر بالاشهاد فقد حمله بعضهم على الندب لا الوجوب ، وبعضهم أرجعه الى الاشهاد على الرجعة لا الطلاق .

وأما الاشارة من الاخرس ، فالمعتمد من مذهب الحنفية أن الطلاق يقع بها ان كانت مفهومة بشرط عدم معرفته بالكتابة ، فان كان يعرف الكتابة فلا يقع طلاقه بالاشارة لان الدلالة على الطلاق بالكتابة أبعد عن الاحتمال ، فلا يعدل عنها مع القدرة عليها الى الاشارة المحتملة ، والطلاق يجب فيه الاحتياط . أما الجعفرية فلا يشترطون عجز الاخرس عن الكتابة بل يقبلون اشارته المفهمة مطلقا .

وأما الكتابة فيقع بها الطلاق ولو مع القدرة على التلفظ به . والكتابة نوعان مستبينة أي مرقومة واضحة كالكتابة على الورق ، وغير مستبينة كالكتابة على الماء أو في الهواء .

أما غير المستبينة فلا يقع بها طلاق على أية حال نواه أو لم ينوه .

وأما المستبينة فاما أن تكون مرسومة أي معنونة وموجهة على نحو ما توجه به الرسائل ، واما أن لا تكون كذلك . فان كانت مرسومة وقع بها الطلاق مطلقا نواه أو لم ينوه ، ويعتبر وقوعه من وقت الكتابة ان لم يقيد بوقت ، فان قيده كأن قال : اذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق وقع من وقت وصوله اليها ولو لم تقرأه .

وأما غير المرسومة ، كأن يكتب على ورقة أو حائط طلقت زوجتي فالامر فيها يرجع الى نيته ، فان قال نويت الطلاق وقع ، وان قال أردت تجربة القلم مثلا لا يقع (١) • وقال الجعفرية يقع الطلاق بالكتابة المستبية المرسومة للعاجز عن النطق سواء أكان حاضرا أم غائبا ، وقيل يقع من الغائب مع القدرة ، للحاجة الى ذلك •

٢ ـ من يقع منه الطلاق ؟:ـ

يقع طلاق الزوج اذا كان بالغا عاقلا مستيقظا حرا أو عبدا ، وزادالجعفرية على ذلك أن يكون قاصدا مختارا • ومن لم تتوفر فيه هذه الشروط لا يقع طلاقه • واليك بيان من لا يقع طلاقهم ، ثم بيان من يقع طلاقهم :

(أ) ـ من لا يقع طلاقهم :

أولا ـ غير الزوج :

الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح ، فالولى لا يملك التطليق على من فى ولايته ، والسيد لا يملك التطليق على عبده ، يشهد لذلك ما روى عن ابن عباس من أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال : « ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، انما الطلاق لمن أخذ بالساق » • وقال الجعفرية يقع الطلاق للولي على من فى ولايته اذا بلغ فاسد العقل •

أما الطلاق من رسول الزوج ، أو وكيله ، أو من الزوجة التي فوض لها الزوج طلاق نفسها ، أو من القاضى ، فانه يقع باتفاق ، ذلك لان الطلاق من كل هؤلاء يعتبر صادرا من الزوج نفسه ، أما من الرسول أو الوكيل فظاهر وأما من المفوضة فلان الزوج ملكها اياه فهي توقعه بتسليط منه ولو لا ذلك ما وقع طلاقها أبدا ، وأما القاضى فلانه لا يطلق الا فىحالات مختلف فيها يتحتم فيها على الزوج أن يطلق فان أبى كان ظالما ، والقاضى عليه رفع المظالم بتسليط

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٢ ص ٥٨٩ •

من الشارع الذي أقامه مقام الزوج حين امتنع عن الطلاق .

ثانيا — الصغير :

المراد بالصغير من هو دون البلوغ ولو كان عاقلا مميزا ، وهو لا يقع طلاقه باتفاق بين الحنفية والجعفرية لان الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق المطلق، وتصرفات الصغير لا تنفذ شرعا الا اذا كانت نفعا محضا (١) .

ثالثا — غير العاقل :

ويشمل المجنون ، وهو من ذهب عقله ، والمعتوه وهو من ضعف عقله فاختلط كلامه وفسد تدبيره ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة ، ويلحق بهؤلاء المدهوش الذي اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يفعل وما يقول ، وكذا الغضبان الذي بلغ به الغضب نهايته فلا يعلم ما يقول ولا يريده، وكذا من بلغ به الغضب الى درجة الهذيان بحيث تختل وتضطرب أقواله وأفعاله ولو كان يعلم ما يقول وذلك على ما استظهره ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار جـ٢ ص ٥٨٧ . أما الغضب الذي لا يغير العقل ويعلم صاحبه ما يقوله ويقصده فهذا لا شك فى وقوع الطلاق معه ، وكذا لا يقع طلاق النائم والمغمى عليه لان النوم والاغماء وان كانا لا يذهبان بالعقل الا أنهما يذهبان بالادراك الذي هو معول الاعتداد بالقول .

رابعا — من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يفهم معناها :

وكذلك لا يقع طلاق من لقن كلمة الطلاق فنطق بها وهو لا يعرف معناها لانه لم يقصد مدلولها ، والعبرة بالمقاصد .

---

(١) قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير جـ٣ ص ٣٨ — ٣٩ « ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر ، لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم ، وكون البعض له ذلك لا يبنى الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي جاز طلاقه ، وعن ابن عمر رضى الله عنه جواز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام أحمد ، والله اعلم بصحة هذه النقول » .

(ب) – من يقع طلاقهم :

أولا – السفيه :

السفيه هو من خف عقلـه فصار يتصرف فى ماله عـلى خلاف مقتضى العقل ، وهذا يحجر عليه فى ماله لكنه اذا طلق وقع طلاقه ، لانه يملك انشاء عقد الزواج فيملك ما هو من آثاره وهو الطلاق .

ثانيا – الهازل :

وهو الذي يلعب بالقول ويقصد التلفظ بالطلاق ولكنه لا يقصد وقوعه، وانما يقع طلاقه زجرا له عـن الهزل فى موطن الجد ، وسدا للتلاعب ، فقـد يتلفظ بالطلاق من يقصد وقوعه ثم يعود فيقول : انما كنت هازلا ، وقد صح عن الرسول صلى الله عليـه وسلم قوله (ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق) – وقال الجعفرية لا يقع طلاق الهازل لانهـم اشترطوا القصد ، والهازل لم يقصد الطلاق حتى يقـع .

ثالثا – المخطىء :

وهو الذي يريد النطق بغير الطلاق فيسبق لسانه الى الطلاق ، وانمـا يقـع طلاقه قضاءً فقط ، لان القاضي ليس له الا الظاهر ، ولا يقبل القاضى دعوى الخطأ سدا لباب التحايل . أما من ناحية الديانة ، فما دام لم يقصـد التلفظ بالطلاق فلا يقع طلاقه فيما بينه وبين ربه ، ولا حرج على مـن تأكد صدقه فى دعوى الخطأ أن يفتيه بعدم وقوع الطـلاق .

رابعا – المكره :

ويقع طلاق المكره عند الحنفية لان الاكراه عندهم يفسد الرضا ، ولكن لا يفسد الاختيار ، فالمكره حينما تلفظ بالطلاق تلفظ به عـن اختيار حيث قارن – تحت ضغط الاكراه – بين أمرين ، التلفظ بالطلاق ، ووقوع ما هدد

به ، فاختار أهون الامرين وهو الطلاق «[١]» .

وقد استدل الحنفية بما رواه محمد بن الحسن عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والا ذبحتك ، فناشدها الله فأبت ، فطلقها ثلاثا ، ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك ، فقال صلى الله عليه وسلم « لا قيلولة فى الطلاق » «[٢]» ، أي لا رجوع فيه بعد وقوعه .

ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية أن طلاق المكره لا يقع، لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولان الاكراه يفسد الاختيار كما يفسد الرضا واعتبار التصرفات الشرعية انما هو بالاختيار .

والذي نرجحه مذهب غير الحنفية ، لانه مذهب جمهور فقهاء الصحابة ، ولان المكره على النطق بكلمة الكفر لا يعتبر كافرا باتفاق ، فكذا لا يكون المكره على كلمة الطلاق مطلقا ، وحديث (لا طلاق فى اغلاق) يشهد لهذا ، لان المكره قد أغلق عليه طريق الارادة فلم يكن له الى الطلاق قصد بتة .

خامسا ــ السكران :

المراد بالسكران كل من تناول الخمر أو أي مسكر أو مخدر بحيث يغطى على عقله ويجعله يهذي ويخلط فى كلامه ولا يعي بعد افاقته ما كان منه حال سكره ، وهذا يقع طلاقه عند جمهور فقهاء الحنفية زجرا له ، وكان مقتضى القياس أن لا يقع طلاقه كما هو رأي الجعفرية وكثير من الفقهاء لانه فاقد الادراك فلا قصد له فكان كالنائم ، بل هو أشد لان النائم اذا أوقظ استيقظ بخلاف السكران .

أما من سكر بتناول مباح ، أو بتناول محرم للضرورة أو تحت ضغط

---

(١) لو اكره على كتابة لفظ الطلاق فكتبه دون أن يتلفظ به ، او اكره على الاقرار بالطلاق فأقر لا يحكم بوقوعه .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٩ .

الاكراه ، فان طلاقه لا يقع على الراجح من مذهب الحنفية . ومن باب أولى لا يقع عند الجعفرية ومن وافقهم على أن طلاق السكران لا يقع مطلقا .

هذا ولا يزال العمل فى العراق (بالنسبة للقضاء السنى) على وقوع طلاق المكره والسكران الذي لا يعذر فى سكره ، وكذا كان العمل في مصر الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م فنصت المادة الاولى منه على أن طلاق المكره والسكران لا يقع . ونرى أن هذا الرأي أولى بالقبول ، لان القائلين بوقوع طلاق المكره أثبتوا له اختيارا ، والحق أنه اختيار فاسد لايرتب عليه حكم شرعي كالطلاق ، وايقاع طلاق السكران قالوا انه استحسان يقصد به الزجر والعقوبة ، وعقوبة الطلاق تتعدى الى الزوجة والاولاد ولا ذنب لهم فأولىأن لا يحكم بوقوع الطلاق ويكفي أن يعاقب السكران بحده أو تعزيره.

٣ ـ من يقع عليها الطلاق :

ويقع الطلاق على الزوجة بشرط أن تكون زوجيتها قائمة بالفعل ، أو فى عدة تصلح معها أن تكون محلا للطلاق . واشترط الجعفرية الزوجية ، والدوام ، والطهارة من الحيض والنفاس ان كانت مدخولا بها وكان الزوج حاضرا ، فان كان غائبا أو محبوسا فبقدر انتقالها من طهر الى آخر، وأن يكون الطلاق فى طهر لم يجامعها فيه ، ويسقط اعتبار هذا الشرط فى الصغيرة واليائسة والحامل .

وعلى هذا فيقع الطلاق عند الحنفية على من هي زوجة بالفعل، وعلى المعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى، وكذا المعتدة من كل فرقة هي طلاق ، ومن فرقة فسخ بسبب ردة أحد الزوجين أو ابائه الاسلام عند من يرى ذلك فسخا. ولا يلحق الطلاق المرأة الاجنبية «[1]» ، وكذا المعقود عليها عقدا باطلا

---

(١) يرى الحنفية انه لو قال رجل لاجنبية ان تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها وقع الطلاق بمجرد العقد عليها لانه وان لم يكن زوجا ساعة التعليق الا انه ربط الطلاق بحالة له فيها ملك على المراة . وسيأتي تفصيل ذلك .

أو فاسدا ، والمطلقة قبل الدخول لانه لا عدة لها ، والمبانة بينونة كبرى ولو فى العدة ، وكل معتدة من فرقة هي فسخ غير فرقة الفسخ بسبب الردة أو الاباء عن الاسلام عند من يراهما فسخا •

ولا يلحق الطلاق عند الجعفرية الزوجة حال حيضها أو نفاسها ، أو حال طهرها من حيض أو نفاس جامعها فيه ، وكذا لا يلحق الطلاق عندهم المعتدة من طلاق رجعي قبل أن يراجعها ، لان هذا كله من قبيل الطلاق البدعي ، والطلاق البدعي لا يقع عندهم • وكذا لا يلحق الطلاق المعتدة من طلاق بائن ومن انفسخ نكاحها ولو بالاباء عن الاسلام •

الفصل الثالث

« فى : طلاق السنة وطلاق البدعة »

(١) حقيقة طلاق السنة وما يجب أن يراعى فيه (٢) أنواع طلاق السنة • (٣) حقيقة طلاق البدعة وحكمه •

١ — حقيقة طلاق السنة وما يجب أن يراعى فيه :—

ينقسم الطلاق باعتبار الطريقة التي يسلكها المطلق فى ايقاع الطلاق الى قسمين ، طلاق السنة ، وطلاق البدعة •

فطلاق السنة هو الطلاق الذي جاء على وفق ما أرشد اليه الشارع في كيفية ايقاع الطلاق ، وطلاق البدعة ما كان على خلاف ذلك •

ولا بد فى طلاق السنة كي يقع على الوجه المشروع — من مراعاة امور تختلف باختلاف حال الزوجة من الدخول بها وعدم الدخول •

فطلاق السنة بالنسبة للمدخول بها لابد أن يراعى فيه امور ثلاثة :

أولا — الوقت : وهو وقت كون الزوجة فى طهر لم يباشرها الزوج فيه ولا فى الحيضة التي قبله •

ثانيا — العدد : وهو كون الطلاق مرة واحدة فقط •

ثالثا — الوصف : وهو كون الطلاق رجعيا لا بائنا •

فاذا أراد الزوج أن يطلق زوجته المدخول بها طلاقا على جهة السنة أوقع عليها حال طهرها الذي خلا وخلت الحيضة السابقة عليه من المباشرة والطلاق طلقة واحدة رجعية . هذا ان كانت غير حامل ، فان كانت حاملا فلا يضر أن يطلقها عقب الجماع مباشرة ويكون ذلك طلاقا للسنة ايضا .

أما طلاق السنة بالنسبة لغير المدخول بها فيراعى فيه العـدد فقط ، ولا يراعى الوقت ولا الوصف ، فاذا أراد الزوج أن يطلق زوجته التي لم يدخـل بها طلاقا على جهـة السنة طلقها مرة واحدة ، حال طهرها أو حـال حيضها ، والطلقة الواحدة تقع بائنة ، لان غير المدخول بها لا يكون طلاقها الا بائنا .

والحكمة فى أنه لابد من مراعاة الوقت فلا يطلق حال الحيض ولا حـال الطهر الذي قارنه أو قارن الحيضة التي قبله مباشرة" ، هي أن حالة الحيض منفرة بطبعها ، وسبق المباشرة تفتر معه الرغبة فى الزوجة ، ومع النفرة وفتور الرغبة قد يرى الزوج تافـه الامر عظيما فيعجل بالطلاق ، أما فى حالة الطهر وعدم سبق المباشرة فالنفس الى الزوجة تائقة وفيها راغبة ، وفى ذلك ما يصرف الزوج عن الطلاق اذا لم يكن اليه ضرورة ملجئة . على أن الشارع راعى أيضا صالح الزوجة ودفع الضرر عنها لما يترتب على ايقاع الطلاق حال الحيض أو النفاس من اطالة العدة عليها ، وهـذا ايذاء لها ، ولما يترتب على ايقاعه بعـد المباشرة من ايقاعها فى حيرة من أمر عدتها فانها لا تدري أحملت فتعتد بوضع حملها ؟ أم لم تحمل فتعتد بالاقراء ؟

أما غير المدخول بها فالرغبة فيها صادقة ما لم يذقها ، والحيض لا يقلل من رغبته فلم يكن طلاقها للبدعة ان طلقها وهي حائض، وكذا الحامل لا يكون طلاقها للبدعة ان طلقها عقب المباشرة ،لانه مع الحمل تقوى رغبة الزوج فـي زوجته لمكـان ولده منهـا .

والحكمة فى أنه لابد من مراعاة العدد فلا يطلق الا طلقـة واحدة هي أن يسهل على الزوج تدارك الامر لو ندم على الطلاق ، فاذا ما أراد أن يراجع زوجته وجد أمامه متسعا رحبا ومجالا فسيحا .

٢ ــ أنواع طلاق السنة :ــ

وطلاق السنة ــ عند الحنفية ــ نوعان أحسن وحسن . فالاحسن : هو أن يطلق الزوج زوجته المدخول بها غير الحامل طلقة واحدة رجعية فى طهر لم يقع فيه ولا فى الحيضة التي قبله مباشرة منه لها ولا طلاق ، ثم يتركها بعد ذلك الى أن تنقضي عدتها وتبين منه ، أو يطلق زوجته الحامل طلقة واحدة رجعية ولو بعد الجماع مباشرة ، أو يطلق زوجته غير المدخول بها ولو فى الحيض .

والحسن : هو أن يطلق الزوج زوجته ثلاث طلقات فى ثلاثة أطهار ان كانت تحيض ، أو فى ثلاثة أشهر ان كانت لا تحيض دون أن يراجعها فيما بين ذلك ، بل كلما استقبلت حيضة أو شهرا طلقها حتى تنتهي الطلقات الثلاث في مدة العدة .

وانما كان هذا النوع الاخير (الحسن) من طلاق السنة لما ورد من أن عبد الله بن عمر لما طلق زوجته وهي حائض بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة » .

ويرى المالكية والحنابلة أن طلاق السنة هو النوع الاول (الاحسن) لا غير . أما النوع الثاني وهو الحسن فبدعى لا سنى لانه لم يثبت لديهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولان الحاجة الى الطلاق تندفع بالطلقة الواحدة ، فان طلقها بعد ذلك كان طلاقا لغير حاجة ، والطلاق لغير حاجة بدعي .

ويرى الشافعية أنه لا بدعة فى العدد ، بل البدعة فى الوقت فقط ، لان النهي فى حديث بن عمر وارد على الطلاق فى وقت الحيض وفى طهر مسها فيه ، أما العدد فلا ذكر له فى الحديث ، ومرجعه الى تقدير المطلق بعد ثبوت حاجته الى الطلاق .

ويرى الجعفرية أن طلاق السنة ثلاثة أنواع : بائن ، ورجعي ، وللعدة ، فالبائن ما لا يصح معه الرجعة كطلاق من لم يدخل بها . والرجعي ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع . وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق . فهذه تحرم فى التاسعة تحريما مؤبدا وما عداها تحرم فى كل ثالثة حتى تنكح زوجا غيره .

٣ - حقيقة طلاق البدعة وحكمه :-

أما طلاق البدعة فهو ما كان على خلاف ما أرشد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذلك بأن يطلق الزوج زوجته طلقتين أو ثلاثا دفعة واحدة أو على دفعات فى طهر واحد ، أو يطلقها فى طهرها بعد أن طلقها وهي حائض دون أن يكون بين ذلك مراجعة ، أو يطلق زوجته المدخول بها فى حال حيضها أو نفاسها ، أو يطلقها فى طهر جامعها فيه أو جامعها في الحيضة التي قبله ، أو يطلقها طلقة واحدة بائنة كما هو ظاهر الرواية .

والطلاق البدعى حرام ، والآخذ به آثم . ولكن هل يقع ، أو لا يقع ؟ .

اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب أبو حنيفة وباقي الائمة الاربعة الى أن الطلاق البدعي واقع ، لان النهي ليس لذات الطلاق وانما هو لمعنى فى غيره وهو اطالة العدة على الزوجة وغير ذلك مما تقدم فى بيان وجه الحكمة ، وكون طلاق البدعة حرام يأثم الآخذ به لا ينافى أنه يقع صحيحا فالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة حرام ومتعاطيه آثم ومع ذلك فهو صحيح ، وكذا الصلاة في الثوب المغصوب يأثم صاحبها وتقع صحيحة . ولان الرسول صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه حين طلق ابنه عبد الله زوجته وهي حائض (مر ابنك فليراجعها) وهذا يقتضي وقوع الطلاق والا لما أمره بالمراجعة ، وقد صح عند البخارى قول ابن عمر (فحسبت على بطلقة) .

وذهب الجعفرية وجماعة من المحققين منهم ابن تيمية وابن القيم الى أن الطلاق البدعي لا يقع ، ودليلهم على هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أخبر بطلاق عبد الله بن عمر زوجته وهي حائض قال (ليس ذلك بشيء) وما ورد من قول ابن عمر فى شأن طلاقه زوجته (فردها على ولم يرها شيئا) يريد النبي صلى الله عليه وسلم ، قالوا : والطلاق الذي يقع هو ما ملكه الله للمطلق ، ولهذا لا تقع الرابعة لانه لم يملكه اياها ، وطلاق البدعة حرام لم يأذن به الله ولم يملكه للعبد حتى يقع ، ولو وقع ما كان للنهي عنه معنى . وأجابوا عن قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه (مر ابنك فليراجعها) بأن المراد المراجعة اللغوية أي رد الزوجة الى ما كانت عليه من

المعاشرة بالزوجية القائمة بدليل قول الرسول بعد ذلك (فانها امرأته) . وهناك أخذ ورد بين الفريقين ، والادلة لكل من المذهبين كثيرة ، والجدل حولها طويل ، والترجيح بينها ليس باليسير «١» .

الفصل الرابع

في : صريح الطلاق وكنايته

ينقسم الطلاق باعتبار اللفظ الدال عليه الى قسمين ، صريح وكناية .

الصريح :-

فالصريح هو ما يكون بلفظ يفهم منه عند النطق به معنى الطلاق دون حاجة الى نية أو قرينة ، فيشمل الالفاظ التي وضعت شرعا لمعنى الطلاق نحو « أنت طالق » والالفاظ التي تستعمل عرفا في الطلاق نحو « على الحرام » . وقد تقدم أن الكتابة المستبينة المرسومة ان كانت عبارتها بألفاظ صريحة تقوم مقام اللفظ الصريح في افادة معنى الطلاق ، وكذا اشارة الاخرس المفهومة ان كان لا يحسن الكتابة على الراجح من مذهب الحنفية .

وصريح الطلاق يقع ديانة وقضاءً دون توقف على قرينة أو نية ، لانه مع تعين المعنى ووضوح دلالة اللفظ عليه لا يكون بحاجة الى شيء من ذلك . نعم قد يحتمل اللفظ - مع كونه صريحا في الطلاق - معنى بعيدا لا ينصرف اليه اللفظ عند الاطلاق ويدعى المتلفظ به أنه أراد المعنى البعيد ، وذلك كأن يقول لزوجته ياطالق ويدعى أنه اراد أنها طالق من القيد الحسي فانه في هذه الحالة يصدق ديانة لا قضاء .

أما الجعفرية فصريح الطلاق عندهم لفظ (طالق) لا غير ويلحق به

---

(١) راجع فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف من ص ٢٣ الى ص ٣٢ .

الكتابة المستبينة المرسومة للعاجز عن النطق وكذا اشارة الاخرس المفهومة «١»

الكناية :ـ

أما كناية الطلاق ، فتكون بالالفاظ التي لم توضع فى الاصل لمعنى الطلاق ولم يتعارف فى الاستعمال قصرها عليه ، بل تحتمل الطلاق وغيره نحو « اذهبي الى أهلك » فانها تحتمل ارادة ابعادها عنـه بسبب الغضب ، وتحتمل ارادة طلاقها فتعود الى أهلها ، ونحو « أمرك بيدك » فانه يحتمل انه أعطاها حرية التصرف فى شأنها ، ويحتمل أنه أراد طلاقها فعصمتها بيدها ، وغير ذلك كثير من ألفاظ الكناية ، نحو أنت بتة ، وخلية، وبرية ، واعتدى ، واستبرئي رحمك، ويلحق بذلك الكتابة المستبينة غير المرسومة كما تقدم ، وليس للاخرس كناية باشـــارته .

وألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق ديانة الا بالنية ، أما فى القضاء فيقـع بها الطلاق دون حاجة الى نية ان كانت الحال تدل على أنه يريد الطلاق ، ولو ادعى أنه لم ينو الطلاق رجحت دلائل الحال على دعواه (٢) ، فان كانت الحال

---

(١) مذهب الشافعية وهو رواية عن احمد ان صريح الطلاق لا يكون الا باحد الالفاظ الثلاثة التي وردت فى القرآن او ما اشتق منها مما لا يستعمل عرفا الا فى حل رابطة الزوجية ، وهذه الالفاظ هي الطلاق ، والفراق ، والتسريح ـ ومذهب المالكية وهو رواية اخرى عن احمد ان صريح الطلاق لا يكون الا بلفـظ الطلاق وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفا الا فى حل رابطة الزوجية .

(٢) ذكر الحنفية ان الفاظ الكناية ثلاثة أنواع ، نوع يصلـح جوابا لطلـب الطلاق ولا يصلح رفضا له ولا شتما نحـو اعتدى ، واستبرئي رحمك . ونوع يصلح جوابا لطلب الطلاق ويصلح أن يكون شتما نحو خلية ، وبرية . ونوع يصلح جوابا لطلب الطلاق ويصلح رفضا له نحو اذهبي ، واخرجي . وذكروا أن الاحوال ثلاثة ايضا ، الاولى حالة الغضب مطلقا ذكر فيها الطلاق أو لم يذكر ، وهذه يقع الطلاق فيها بالفاظ النوع الاول دون حاجة الى نية ، وان ادعى الرجل انه اراد غير الطلاق لا يصدق ، ويقع الطلاق فيها بالفاظ النوع الثاني والثالث ان نواه ، فان لم

غير كافية فى الدلالة على ارادة الطلاق بأن كانت محتملة للطلاق ولغيره ، فلابد حينئذ من النية ، ويصدق الرجل فى دعواه أنه أراد الطلاق أو أراد شيئا آخر .

هذا هو مذهب الحنفية ، وهو ما عليه العمل الى اليوم فى العراق . أما فى مصر فقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وفيه أن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها الا بالنية ، والزوج مصدق فى دعواه ، ولا يلتفت الى قرائن الاحوال ولا يؤخذ بها ، وهذا الذي أخذ به القانون هو رأي المالكية والشافعية . أما الجعفرية فانهم لا يرون وقوع الطلاق بألفاظ الكناية مطلقا .

الفصل الخامس

فى : الطلاق المنجز ، والمعلق ، والمضاف الى زمن مستقبل

ينقسم الطلاق باعتبار ما تدل عليه الصيغة من ايقاع الطلاق دون توقف على شيء ، ومن ايقاعه متوقفا على تحقق شرط أو مجيء زمن ، الى ثلاثة أقسام : طلاق منجز ، وطلاق معلق ، وطلاق مضاف «[1]» . واليك بيان كل قسم وحكمه .

ينوه وادعى انه اراد الشتم او الرفض صدق . والحالة الثانية حالة الرضا المجردة عن ذكر الطلاق وهذه لا يقع الطلاق فيها بألفاظ الكناية بأنواعها الثلاثة الا بالنية ويصدق الرجل فيما نواه . والحالة الثالثة حالة الرضا التي جرى فيها ذكر الطلاق وهذه يقع الطلاق فيها بألفاظ النوعين الاولين دون حاجة الى نية ولا يصدق الرجل لو ادعى انه لم يرد الطلاق ، ويقع الطلاق فيها بالفاظ النوع الثالث ان نواه ، وان ادعى انه اراد الرفض صدق .

(١) وصح تعليق الطلاق واضافته لانه اسقاط ملك النكاح والاسقاطات يصح فيها التعليق والاضافة كما هو الشأن فى العتق والابراء من الدين ، بخلاف عقد الزواج فانه لا يكون الا منجزا لانه عقد تمليك وعقود التمليك لا تكون الا منجزة كما تقدم .

١ ـ الطلاق المنجز :ـ

الطلاق المنجز هو ما قصد به ايقاع الطلاق فى الحال دون توقف على تحقق شرط أو مجيء زمن ، وذلك كقول الرجل لزوجته « أنت طالق » •

وحكم المنجز وقوعه بمجرد التلفظ بعبارته متى كان المطلق أهلا لايقاع الطلاق ، والمطلقة محلا لوقوعه •

٢ ـ الطلاق المعلق :ـ

أما الطلاق المعلق فهو مارتب وقوعه على وقوع أمر فى المستقبل • وذلك يكون بكل صيغة علق فيها وقوع الطلاق على حصول شيء من الاشياء في المستقبل بأداة من أدوات الشرط ، نحو قول الرجل لزوجته « ان دخلت الدار فأنت طالق » وكذا قوله لزوجاته « أيتكن تخرج من بيتها فهي طالق » لانه وان كان خاليا من أداة الشرط لفظا فهو متضمن لها فى المعنى •

شروط صحة التعليق :

ويشترط لصحة التعليق أمور :

أولا ـ أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق وقت التعليق ، وليس بشرط تحقق الاهلية عند وجود المعلق عليه ، وعلى هذا فلو علق الصغير طلاق زوجته على حصول شيء ثم وجد ذلك الشيء بعد بلوغه لا يقع الطلاق لعدم صحة التعليق ، أما ان تحققت أهلية المطلق عند التعليق ثم انعدمت عند تحقق الشرط فان الطلاق يقع ، وذلك كالبالغ العاقل يعلق طلاق زوجته ثم يجن ويقع الشرط حال جنونه •

ثانيا ـ أن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق وقت التعليق ووقت وقوع المعلق عليه ، وذلك بان تكون زوجة فعلا أو فى عدتها من طلاق رجعي أو في عدتها من طلاق بائن بينونة صغرى ، فمن قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار حال قيام الزوجية وقع طلاقها لوجود المحلية وقت التعليق ووقت تحقق الشرط •

ومن قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طلقها طلقة منجزة قبل تحقق الشرط ، ثم وجد الشرط أثنـاء عدتها وقع عليها طلقة ثانيـة بمقتضى التعليق السابق ، لوجود المحلية وقت التعليق ووقت تحقق الشرط ، وان تحقق الشرط فى هذه الحالة بعد انقضاء العدة ، فلا يقع الطلاق المعلق ، لعدم المحلية وقت تحقق الشرط ولكن ينهدم به التعليق فلو تزوجها بعد ذلك فدخلت الدار لا يقـع طلاقهـا •

ثم انه ما دامت محلية المرأة للطلاق شرطا فى صحـة التعليق فلا يصح تعليق طلاق الاجنبية على فعل مـن الافعال باتفاق • ولكن هل يصح تعليق طلاق الاجنبية على الزواج منها ، كأن يقول رجل لامرأة : ان تزوجتك فأنت طالق ؟ •• فى هـذه المسألة اختلفت آراء المذاهب ، فالحنفية والمالكية «[1]» يقولون بصحة التعليق فى هذه الحالة ولو تزوجها وقع الطلاق بمجرد العقد • والشافعية والحنابلة يقولون بعدم صحة التعليق ويعتبرونه لغوا من القـول لا أثر له • ومنشأ الخلاف بينهم هو : هل التصرف فى الطلاق المعلق يوجـد عند وجود الصيغة ، أو يوجد عند وجود الملك ؟ ذهب الشافعية والحنابلة الى الاول فقالوا ان التصرف يوجد عند وجود الصيغة وان كان الحكم متأخرا ، وعند وجود الصيغة لم يكن الرجل أهلا للتصرف حتى يصح منه تعليق الطلاق• وذهب الحنفية والمالكية الى الثاني فقالوا ان التصرف يوجد عند وجود الملك وهذا كاف فى صحـة التعليـق •

---

(١) لا يوافق الامام مالك الحنفية فى القول بوقوع الطلاق المعلق على الزواج مطلقا ، بل يوافقهم فى حالة التخصيص باسم معين نحو ان تزوجت فلانة فهـي طالق ، أو بوصف معين كقوله ان تزوجت ثيبا فهي طالق ، أو ببلدة معينة كقوله ان تزوجت امرأة من هـذه البلدة فهي طالق . اما مع التعميم الشامل فلا يقـع الطلاق عنده ، وذلك كما لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق لانه مع التعميم يسـد باب الزواج على نفسـه ، ومع التخصيص يبقى الباب مفتوحا فيستطيع الزواج بغـير مـن خصص •

والظاهر أن مذهب الشافعية والحنابلة أصح من مذهب الحنفية والمالكية لما ورد من قول النبي عليه الصلاة والسلام « لانذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق لهفيما لا يملك » وان تأول الحنفية هذا الحديث فأصرح منه ما ورد من أن عبـد الله بن عمرو بن العاص خطب امرأة فابى أولياؤها أن يزوجوها منه ، فقال : ان نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » ، وقد ورد أن ابن عبـاس سـئل عـن هـذه المسـألة فقـال : قـال الله تعـالى « .. اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » شرع الله الطلاق قبل النكـاح فلا طلاق قبله . وأيضا فان أهلية المطلق شرط كمحلية المطلقة ، فكما لا يجوز أن يعلق الطلاق على أهلية المطلق كأن يقـول الصغير ان بلغت فزوجتي طالق ، فكذلك لا يجـوز أن يعلق الطلاق على محلية المطلقة . ثم ان الطلاق شرع للتخلص من متاعب الزوجية، ومع عدم الزوجية لامتاعب فعلام يكون الطلاق ؟.

ثالثا — أن يكـون التعليق ووقوع المعلق عليه فى حل واحد عند أبي حنيفة وصاحبيه خلافا لزفر . وعلى هذا فلو قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم طلقها ثلاثا قبل تحقق الشرط ، ثم تزوجها مرة ثانية بعد أن نكحت زوجا غيره ، ثم تحقق الشرط لاول مرة فى أثناء زوجيتها الثانية لا يقع الطلاق عليها ، ذلك لانها عادت له بحل جديد ، والتعليق وقع فى الحل الاول وقد زال بمـا فيـــه .

أما لو قال لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أبانها بينونة صغرى قبل تحقق الشرط ، ثم عقدعليهاقبل تحقق الشرط أيضا ، ثم تحقق الشرط لاول مرة بعد العقد فانه يقع الطلاق بمقتضى التعليق السابق ، لان البينونة الصغرى تزيل الملك فقط وزوال الملك لا يهدم التعليق انما يهدمه زوال الحل والحل باق . وهو فى الزوجية الاولى عينه فى الزوجية الثانية .

واذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار مثل قول الزوج لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق ، فانه يتكرر طلاقها بتكرر دخولها الدار ما دام ذلك فى حل

واحد ، فان زال الحل بوقوع الطلاق عليها ثلاثا ثم عادت له بعقد جديد فدخلت الدار لا يقع بدخولها طلاق لان التعليق قد استنفد كل غرضه فلم يعد له أثر في الحل الجديد •

رابعا — أن يكون التعليق حقيقيا على معنى أن يقصد المعلق من التعليق ربط حصول الطلاق بحصول شيء غير موجود حال التعليق ولكنه يمكن أن يوجد في المستقبل ويمكن ألا يوجد ، كقوله لزوجته ان دخلت الدار فأنت طالق وكان يقصد من ذلك وقوع الطلاق عند تحقق الدخول • أما أن كان التعليق صوريا لا حقيقيا بمعنى أنه لم يقصد ربط الطلاق بالشرط وانما قصد ايقاعه فى الحال كان الطلاق منجزا لا معلقا ، وذلك كما لو تنازع الزوجان فقالت الزوجة لزوجها يا فاسق أو يا ظالم فقال لها : ان كنت كما قلت فأنت طالق فانه فى هذه الحالة قصد مجازاتها على قولها بايقاع الطلاق عليها في الحال بصرف النظر عن كونه فاسقا أو غير فاسق ، أو ظالما أو غير ظالم •

وكذا يكون الطلاق منجزا ان كان المعلق عليه موجودا بالفعل وقت التعليق ، كقوله لزوجته ان كنت موظفة فأنت طالق وكانت موظفة بالفعل فانه يقع طلاقها فى الحال لان التعليق هنا صوري لا حقيقي •

أما ان كان المعلق عليه مستحيل الوقوع كقوله لزوجته ان دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق فلا يقع به شيء بالكلية ، لان تعليق الطلاق على المستحيل معناه أنه لا يريده أبدا •

خامسا — ألا يكون التعليق على مشيئة من لا تعلم مشيئته ، فلو قال لزوجته أنت طالق ان شاء الله لا يقع الطلاق، بشرط أن يكون قوله ان شاء الله متصلا مسموعا ، وذلك لان المعلق على مجهول مجهول ، والطلاق لا يقع بالشك •

سادسا — أن تكون صيغة التعليق متصلة الاجزاء بحيث لا يقع الفصل بين المعلق والمعلق عليه لغير ضرورة فان قال لزوجته : أنت طالق ، وبعد فترة ولو قصيرة قال : ان دخلت الدار ، كان منجزا بالعبارة الاولى وهي أنت طالق،

والتعليق بعدها لغو لا يلتفت اليـه ، أما ان كان الفصل بين الشرط والجزاء بضرورة كعطاس أو سـعال فلا يضر ذلك وتكـون الصيغة متصلة والتعليق صحيحـا .

سابعا ــ امكان البر بامكان تحقق الشرط الذي علق عليه الطلاق ، فاذا لم يكن البر ممكنا فلا يقع الطلاق ، وعلى هذا فمن قال لزوجته ان لم تصالحي أخاك غدا فأنت طالق فمات أخوها قبل مجيء الغد لا يقع الطلاق لعدم امكان البر لسبب خارج عن ارادتها ، وكذا لو قال لها ان لم تلبسي هذا الثوب غدا فأنت طالق فاحترق الثوب قبل مجيء الغد . وغير ذلك كثير من الامثلة .

حكم الطلاق المعلق :

الطلاق المعلق ــ من حيث معناه ــ نوعان : نوع فى معنى اليمين ، ونوع ليس فى معنى اليمين . أما النوع الذي فى معنى اليمين فهو ما يراد به تأكيـد الخبر أو الحمل على فعل شـيء أو تركه ، فمثال ما قصد به تأكيد الخبر قول الرجل : على الطلاق لقد فعلت كذا ، أو ما فعلت كذا ، ومثـال ما قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه قوله : على الطلاق لأفعلن كذا أو لاأفعل كذا، فهو يريد بذلك حمل نفسه على الفعل أو الترك ، وكذا قوله لزوجته : على الطلاق لا تخرجين من البيت ، وقوله لها : ان ذهبت الى السوق فأنت طالق يريد بذلك حملها على عدم الخروج من البيت ، وعلى عدم الذهاب الى السوق لا ايقاع الطلاق عند ذهابها الى السوق «[1]» . وهذا النوع مختلف فى حكمه بين فقهاء المذاهب فمنهم مـن جعله فى حكم اليمين بالله فاذا حنث كفر كفارة اليمين ، ومنهم من جعله حلفا بالطلاق فاذا حنث لزمه ما حلف به .

وحسبنا أن نذكر مذهب الحنفية فى هذا النوع ، وخلاصة مذهبهم أن اليمين بالطلاق ان كانت فى صورة التعليق بأداة من أدوات الشرط فهي ملزمة،

---

(١) يلاحظ أن التعليق فى كل الامثلة المذكورة ما عدا الاخير تعليق فى المعنى دون اللفظ لخلوه من أداه التعليـق .

فمن قال لزوجته ان خرجت من الدار بغير اذني فأنت طالق يريد منعها من الخروج بغير اذنه تطلق بخروجها بدون اذنه • وهذا مذهب باقي الائمة الاربعة •

وان كانت اليمين بالطلاق ليست فى صورة التعليق لخلوها من أداته فقد اختلفت آراء فقهاء الاحناف فى هذا فمن قائل ان الطلاق يقع بالحنث ، ومن قائل انه لا يقع ، ومرجع اختلافهم الى اختلاف العرف ، والراجح القول بالوقوع لان العرف جرى على اعتباره طلاقا معلقا ، وقد قال الكمال بن الهمام « وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف : الطلاق يلزمني لا أفعل كذا ، يريد أن فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله : ان فعلت كذا فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الارياف الحلف بقوله : على الطلاق لا أفعل » «[١]» •

وأما النوع الذي ليس فى معنى اليمين ، فهو ما يقصد به ايقاع الطلاق لا تأكيد أمر من الامور ، ولا الحمل على فعل شيء أو تركه ، وذلك كأن يتفاوض الزوجان فى أمر الطلاق على مال فيقول لها الزوج : ان دفعت الى مائة دينار فأنت طالق ، فالزوج فى هذه الصورة يقصد الطلاق ويريده ان تحقق ما علقه عليه من أدائها المائة دينار له • وهذا النوع حكمه وقوع الطلاق عند تحقق الشرط باتفاق المذاهب الاربعة • وكذا ابن تيمية وابن القيم •

وخلاصة القول ان ما ترجح واستقر عليه العمل فى المذهب الحنفي هو أن الطلاق المعلق صورة ومعنى ، أو معنى فقط ، متى توفرت فيه شروط التعليق ووجد المعلق عليه كان واقعا سواء أقصد الزوج الطلاق ، أم قصد تأكيد الخبر ، أم قصد الحمل على فعل شيء أو تركه ، وسواء أكان الشرط المعلق عليه من فعل الزوجة ، أم من فعل الزوج ، أم من فعل غيرهما ، أم أمرا سماويا لا دخل لاحد فيه • وليس للزوج أن يرجع عن تعليقه الطلاق بعد صدوره منه،

---

(١) فتح القدير حـ٣ ص ٤٨ •

لانه فى معنى اليمين ، واليمين لا يصح الرجوع فيها بعد صدورها اتفاقا .

هذا ولا يزال العمل يجري فى المحاكم السنية العراقية على مذهب أبي حنيفة ، أما فى مصر فقد كان العمل على هذا أيضا الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م فنصت المادة الثانية منه على أنه « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير » «[١]» . ومعلوم أن الجعفرية لا يقولون بوقوع الطلاق المعلق على أية حال .

٣ ــ الطلاق المضاف :ــ

وأما الطلاق المضاف فهو ما أضيف الى زمن مستقبل ، بأن قرنت صيغته بوقت مستقبل قصد ايقاع الطلاق عند حلوله ، وذلك كقول الرجل لزوجته أنت طالق غدا أو بعد شهر «[٢]» .

---

(١) ما جاء فى هذه المادة ماخوذ من مذهب بعض الصحابة وبعض التابعين وكثير من الفقهاء كابن تيمية وابن القيم ، ومن مذهب الجعفرية والظاهرية . والذي حمل المشرع المصري على ترك مذهب الحنفية والاخذ بهذا الرأي هو ما صار اليه أمر كثير من الناس من الحلف بالطلاق لأتفه الاسباب وبدون رغبة فى ايقاع الطلاق ، وقد يكون الحلف بالطلاق لترويج سلعة أو تأكيد كذبة ، والطلاق لم يشرع لشيء من ذلك فرآى أن الاخذ بمذهب الاحناف يؤدي والحالة هذه الى تمزيق حياة كثير من الاسر وما دامت البلوى قد عمت فما الذي يمنع من الاخذ بمذهب غير الحنفية وفيه مخرج من هذه النتيجة القاسية ؟ ولاستاذنا الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الازهر السابق مناقشة قيمة للمادة المذكورة ولمذهب بن تيمية ومقارنة بين نص المادة والنص الذي نقله عن ابن تيمية فراجع كتابه الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية من ص ٣١٢ الى ٣١٦ .

(٢) ذكر الحنفية أن الاضافة لا تصح الى زمن ماض ، فلو قال لزوجته انت طالق امس ولم يكن طلقها امس اعتبر ذلك انشاء للطلاق فيقع من حين النطق ما دامت زوجية المراة ثابتة فى الامس . فان لم تكن الزوجية ثابتة فى الامس فلا يقع الطلاق لانه أضيف الى زمن لم تكن فيه المراة محلا للطلاق فكان لغوا .

وحكم هذا النوع أنه ينعقد فى الحال سببا لوقوع الطلاق ولكنه لا يقع بالفعل ولا تترتب عليه آثاره الا عند مجيء الوقت الذي أضيف اليه على شرط أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق عند صدور الصيغة منه ، وأن تكون الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها حين صدور الصيغة وعند حلول الوقت الذي أضيف اليه الطلاق . ومذهب الجعفرية أن الطلاق المضاف لا يقع به شيء ولا يترتب عليه أثر ما .

الفصل السادس

« فى : الطلاق الرجعي والطلاق البائن »

ينقسم الطلاق باعتبار أثره الى قسمين ، طلاق رجعي ، وطلاق بائن ، واليك بيان كل قسم وحكمه :

« القسم الاول » ـ الطلاق الرجعي

١ ـ تعريفه :ـ

الطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج بعده اعادة زوجته اليه ما دامت فى العدة ، بدون توقف على رضاها ، وبدون حاجة الى عقد ومهر جديدين .

والطلاق الرجعي هو الاصل فى الطلاق لقوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ولقوله « ... وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » بعد قوله « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . فالله سبحانه وتعالى جعل للزوج الحق فى أن يطلق زوجته مرة بعد مرة وجعل له بعد ذلك الحق فى مراجعة زوجته ما دامت فى العدة أو تسريحها بأن يتركها بلا مراجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه .

٢ ـ متى يكون الطلاق رجعيا ؟ :ـ

ويكون الطلاق رجعيا فى حالتين :

الحالة الاولى – اذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ صريح من مادة الطلاق ، بشرط تجرده عن كل ما يدل على الشـدة أو ارادة الانفصال التام ، وبشرط ألا يكون مقابلا بمال ، ولا مقرونا بعدد الثلاث ، ولا مكملا للثـلاث .

الحالة الثانية – اذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقي بلفظ من ألفاظ الكناية التي ليس فيها معنى الشدة والانفصـال التام ، نحـو : اعتـدى ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ، اذا انوى بذلك الطلاق .

هـذا عند الحنفية ، أما الجعفرية فيكون الطلاق الرجعي عندهم بعـد الدخول الحقيقي بصريح لفظ الطلاق ، وعلى صيغة اسم الفاعل ، مع اضافته الى الزوجة ، واقترانه بالنية ، وخلوه مـن العوض ، ولو مع اقترانه بعـدد الثلاث أو بما يدل على الشدة والانفصال التام . والفاظ الكنايات كلها لا يقع بها – عند الجعفرية – طلاق رجعي ولا بائن .

٣ – حكم الطلاق الرجعي :–

الطلاق الرجعي لا يؤثر على الزوجية بحـال ، لانه لا يزيل الملك ولا الحل «١» ما دامت العدة باقية ، ولهذا تثبت معه الاحكام الآتية :

أولا : تنقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته ، فان كان يملك عليها ثلاثا بقيت له ثنتان ، وان كان يملك ثنتين بقيت له واحدة «٢» .

---

(١) المراد بالملك الحقوق الزوجية التي لكل مـن الزوجين على صاحبه . والمراد بالحل كون المرأة حلالا للرجل لم يحرمها الطلاق فله أن يتزوجها .

(٢) يملك الحر على زوجته الحرة ثلاث طلقات باتفاق ، فان طلقها واحدة بقيت له طلقتان ، وان طلقها طلقتين بقيت له واحدة ، فان طلقها الثالثة لم يبق له شيء . وكذلك يملك العبد على زوجته الامة طلقتين باتفاق .. ولكن ما هو عدد الطلقات التي يملكها الحر على زوجته الامة، والتي يملكها العبد على زوجته الحرة ؟ ذهب الحنفية والجعفرية الى أن العبرة في عـدد الطلقات بالزوجة فيملك زوج

ثانيا — للزوج حق مراجعة زوجته ما دامت العدة باقية دون توقف على رضاها ، ومن غير عقد ومهر جديدين ، والمراجعة تكون بالقول وتكون بالفعل على ما سيأتي .

ثالثا — ما دامت العدة باقية فجميع الحقوق الزوجية باقية ، فللزوج على زوجته حق الاستمتاع وحق الطاعة ، وللزوجة على زوجها حق النفقة بأنواعها الثلاثة .

رابعا — يبقى التوارث بين الزوجين ما بقيت العدة قائمة ، فأيهما مات ورثه الآخر اذا لم يكن هناك مانع من موانع الارث عند الموت .

خامسا : لا يحل ما أجل من المهر الى أقرب الاجلين بمجرد الطلاق لان الزوجية قائمة ، وانما يحل المؤجل اذا انتهت العدة بدون مراجعة حيث تكون الزوجة قد بانت من زوجها .

سادسا : لا يجوز باجماع أن يعقد الرجل على من لا يحل له أن يجمع بينها وبين مطلقته ما دامت العدة باقية ، لان المعتدة من طلاق رجعي زوجيتها قائمة مدة العدة فاذا عقد على أخت مطلقته — مثلا — فى عدتها كان جامعا بين الاختين وهو لا يجوز ، وكذا لا يجوز له — أثناء العدة — أن يعقد على خامسة اذا كانت المطلقة رابعة والا كان متزوجا بأكثر من أربع وهو لا يجوز أيضا .

((القسم الثاني)) — الطلاق البائن

١ — أقسامه وتعريف كل قسم :—

ينقسم الطلاق البائن الى قسمين ، بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة

الامة عليها طلقتين فقط حرا كان أو عبدا ، ويملك زوج الحرة عليها ثلاث طلقات حرا كان أو عبدا ، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (طلاق الامة ثنتان ، وعدتها حيضتان) . وذهب الائمة الثلاثة الى ان العبرة فى عدد الطلقات بحال الزوج ، فيملك الحر على زوجته حرة كانت أو امة ثلاث طلقات ، ويملك العبد على زوجته حرة كانت أو امة طلقتين ، ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام (الطلاق بالرجال والعدة بالنساء) .

كبرى . فالبائن بينونة صغرى ، هو الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد اليه زوجته الا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد ، دون توقف على أن تنكح بعده زوجا آخر .

والبائن بينونة كبرى هو الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد اليه زوجته الا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه .

٢ ـ متى يكون الطلاق بائنا ؟ :ـ

ويكون الطلاق بائنا فى حالات متعددة وهي ما يلي :

الحالة الاولى ـ اذا انقضت العدة فى الطلاق الرجعي ولم يراجع الزوج زوجته بانت منه بينونة صغرى وسقط حقه فى المراجعة .

الحالة الثانية ـ اذا كان الطلاق قبل الدخول الحقيقي ، وذلك لان من طلقت قبل الدخول لا عدة عليها بصريح قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » وحيث لا عدة فلا مراجعة ، لان المراجعة لا تكون الا فى العدة . أما الطلاق بعد الخلوة الصحيحة المجردة عن الدخول فيقع بائنا أيضا وان كان على المرأة أن تعتد بعده عند الحنفية لان العدة هنا للاحتياط فقط .

الحالة الثالثة ـ اذا كان الطلاق نظير عوض مالي تفتدي به الزوجة نفسها من زوجها بحيث لا يكون له سلطان عليها ، وهذا لا يتحقق الا بكون الطلاق بائنا . ويدخل فى الطلاق على مال الطلاق فى نظير أن تبرىء الزوجة زوجها من مؤخر مهرها أو من نفقة عدتها .

الحالة الرابعة ـ اذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بما فى يفيد معنى الشدة أو الانفصال التام نحو أنت طالق طلقة شديدة ، أو قوية ، أو

بائنة ، أو اشد الطلاق ، او اسوأه ، أو طلقة لا رجعة فيها ، أو طلقة تملكين بها نفسك • وهذه كلها ألفاظ صريحة من مادة الطلاق لا يتوقف وقوع الطلاق فيها على نيـة ، وقد ألحقوا بها ما يجري على ألسنة بعض الناس مـن نحو علي الحرام ، وأنت حرام ، وأنت خالصة وغيرها من الالفاظ التي لا تستعمل عرفا الا فى الطلاق • ومذهب الجعفرية أن الطلاق المقترن أو الموصوف بمـا يدل على الشدة لا يكون الا واحدة رجعيـة •

الحالة الخامسة ــ اذا كان الطلاق بلفظ من الفاظ الكنايات التي تفيد معنى الشدة والانفصال التام ، نحو أنت بتة ، أو خلية • والكنايات كما علمت لابد لوقوع الطلاق بها عند الحنفية من دلالة الحال أو النية • وعند الجعفرية لا يقع بها الطلاق مطلقا كما تقدم •

الحالة السادسة ــ وهي خاصة بالجعفرية ــ ان طلاق من بلغت سـن اليأس ، والصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين يكون بائنا سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وهـذا مبني عـلى أن اليائسة والصغيرة لا تجب عليها عدة بالطلاق عندهـم •

الحالة السابعة ــ اذا كان الطلاق مكملا للثلاث بانت به الزوجة بينونة كبرى باجماع الفقهاء لصريح قولـه تعالى « ••• فان طلقها ــ يعنـى للمرة الثالثة ــ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » • وكذا يكون الطلاق بائنا بينونة كبرى عند الحنفية وجمهور الفقهاء اذا كان مقرونا بعدد الثلاث نحو أنت طالق ثلاثا ، أو كان مكررا ثلاث مرات فى مجلس واحد بالنسبة للمدخول بها «١» نحو أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق •

ودليل الحنفية ومن معهم على وقوع الطلاق ثلاثا اذا اقترن بعدد الثلاث

---

(١) قيدنا بالمدخول بها لان الطلقة الاولى تصادفها حال قيام الزوجية حقيقة والثانية تصادفها وهي فى العدة وكذلك الثالثة . أما غير المدخول بها فتصادفهـا الطلقة الاولى حال قيام الزوجية فتبين بها ولا عدة عليها فاذا جاءت الطلقة الثانية والثالثـة لم يكن لهما محـل .

أو تكرر لفظه ثلاثا فى مجلس واحد ما ورد من أن ابن عمر لما طلق زوجته وهي حائض وأمره الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطلقها للسنة قال ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : لا ، كانت تبين منك وتكون معصية . وما ورد فى سنن أبى داود من أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال : والله ما أردت الا واحدة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة ، فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية فى زمن عمر ، والثالثة فى زمن عثمان . وهذا الحديث صريح فى أن الطلاق بلفظ (البتة) لو نوى به الثلاث وقع ثلاثا ، وهو يفيد بطريق الاولى أنه لو كان بلفظ الثلاث يقع ثلاثا . وكذلك استدلوا بما ورد من أن عمر وعثمان وعليا وابن مسعود وابن عباس وغيرهم من الصحابة كانوا يفتون بأن من طلق زوجته ثلاثا وقع ثلاثا . وقد روي أبو داود عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال له انه طلق امرأته ثلاثا ، فسكت حتى ظننت أنه رادها اليه ، ثم قال : ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يابن عباس، يابن عباس ، وان الله قال « ومن يتق الله يجعل له مخرجا » وانك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك . وعن الامام مالك أنه بلغه أن رجلا قال لابن عباس : اني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى علي ؟ فقال ابن عباس : طلقت منك بثلاث ، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا .

أما الجعفرية ، ومعهم بن تيمية وابن القيم ، فقد ذهبوا الى أن الطلاق المقرون بعدد الثلاث أو المكرر ثلاث مرات فى مجلس واحد لا يقع به سوى طلقة واحدة رجعية «[1]» ولهم على هذا أدلة كثيرة منها أن الله تعالى قال

---

(١) ذكر ابو جعفر الطوسي فى مسائل الخلاف حـ٢ ص ٨٩ ان بعض الجعفرية يرى ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء . ويظهر أنهم استندوا فى هذا الى ان الطلاق على هذه الكيفية منهى عنه ، والمنهى عنه غير مشروع ، وغير المشروع ساقط الاعتبار .

« الطلاق مرتان » يعني دفعتان ، ثم قال بعد ذلك « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ومن جمع ما بين الثلاث ما طلق مرتين ولا الثالثة «[1]» . وأجاب الحنفية عن هذا بأن كلمة مرتين كما تطلق ويراد منها دفعتين تطلق أيضا ويراد منها مضاعفة الشيء ولو فى دفعة واحدة كقوله تعالى « اولئك يؤتون أجرهم مرتين » ولو سلم أن لفظ مرتين فى الآية لا يراد به الا دفعتين فذلك للتنبيه على ما هو الاولى فى الطلاق ، وليس فى الآية ما يدل على عدم احتساب الطلقتين أو الثلاث لو كانت بلفظ واحد ، أو مكررة ثلاثا في كلام واحد .

واستدل الجعفرية أيضا بما ورد عن ابن عباس من أن ركانة بن يزيد طلق امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقتها ؟ قال طلقتها ثلاثا ، قال فى مجلس واحد ؟ قال نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : انما تلك واحدة فراجعها ان شئت ، قال: فراجعها . ورد الحنفية هذا الحديث بأنه منكر لمخالفته الثقات الاثبات ، والزيادة الواردة فى الرواية الاخرى المتقدمة زيادة لا تردها الاصول فوجب قبولها لثقة ناقليها، والشافعي نفسه روى حديث ركانة بالروايةالتي استدل بها الحنفية ، وقد قال بعض العلماء ان الشافعي وعمه وجده أهل بيت ركانة وهم أعلم بالقصة التي عرضت لهم .

واستدل الجعفرية أيضا بما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليهوسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث يقع واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : ان الناس قد استعجلوا أمرا لهم فيه أناة ، فلو أمضينا عليهم ، فأمضاه .قالوا : فمن جعل الثلاث بلفظ واحد ، أو بالفاظ مكررة فى مجلس واحد طلقة واحدة يكون متبعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن جعلها ثلاثا يكون متبعا عمر رضى

(١) مسائل الخلاف حـ٢ ص ٩٠ .

الله عنـه ، ورأى الرسول أولى ، لانـه لا يخطىء ، أما عمر فمجتهد يخطىء ويصيب • وأجاب الحنفية عن هذا الحديث بأن عمر رضى الله عنه ما غير ولا بدل بل جرى على ما كان عليه العمل على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، والصحابة وافقوه على رأيـه ولو كان مبتدعا غـير ما عرف عـن الرسول لعارضوه • وتأولوا الحديث : بأن الناس كانوا يطلقون طلقة واحدة هـذا الذي يطلقون ثلاثا كما ذكره القرطبي ، ولفظ استعجلوا فى الحديث يدل على أنهم أحدثوا فى الطلاق ما لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان حالهم فى زمن عمر على ما كان عليـه زمن الرسول ما قال عمر ذلك القول ولا عاب عليهم أنهم استعجلوا أمرا كانت لهم فيه أناة • وقيل ان معنى الحديث أن الطلاق الذي يكون بتكرار عبارة الطلاق ثلاث مرات فى كلام واحد كان الرسول يمضيه طلقة واحدة لان الناس كانوا يقصدون بذلك التأكيـد فقط وكانوا يصدقون فى دعوى التأكيد لدينهم وأمانتهم • أما على عهد عمر فالناس غير الناس وفيهم من كان يقصد بالتكرار انشاء الثلاث لا التأكيد فسداً لباب التلاعب أجرى عمر اللفظ على ظاهره بلا تفرقـة بين مدعى التأكيد ومدعى التأسيس لان الناس لتغير أحوالهم ما صاروا يصدقون كمـا كانوا يصدقون على عهد رسول الله وهذه حكمة عمر وسياسته وقد أقره عليها صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم • ثم ان ابن عباس الذي أثر عنه هذا القول كان يفتى بلزوم الطلقات الثلاث لمن أوقعها مجتمعة ، ولا شك أنه ادرى بتفسير كلامـه فلا وجه بعد ذلك لحمل الحديث على ما ذهب اليه الجعفرية وموافقوهم •

هذا ، وفى مصر يجري العمل على ما ذهب اليه الجعفرية من أن طلاق الثلاث يقع واحدة رجعية ، فقد نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة «[١]» •

---

(١) ليس فى نص المادة ما يدل على ان الواحدة رجعية ولا ما يدل عـلى أن الطلاق الذي تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد يكون واحدة رجعية ولكن

٣ ـ حكم الطلاق البائن :ـ

تقدم أن الطلاق البائن ينقسم الى قسمين ، بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، ولكل منهما أحكام تتعلق به :

أحكام الطلاق البائن بينونـة صغرى :

(١) أنه يزيل الملك ولا يزيل الحل ، وعليه فان أحكام الزوجية تنقطـع فى الحال ولا يبقى منها سوى أن تعتد المرأة فى منزل الزوجية عند الحنفية ، وفى أي مكان شاءت عند الجعفرية ، وكذا وجوب النفقة لها مدة العدة حاملا كانت أو غير حامل عند الحنفية ، وبشرط كونها حاملا عند الجعفرية .

(٢) أنه ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته .

(٣) بمجرد وقوع الطلاق البائن يحل ما كان مؤجلا من المهر الى أقرب الاجلين ، (الطلاق أو المـوت) .

(٤) اذا مات أحد الزوجين ولو فى أثناء العدة فلا يرثه الآخر ، لان سبب الارث وهو الزوجية قد زال بالطلاق ، ولكن اذا كان الزوج قد أوقع الطلاق حال مرضه قاصدا حرمان الزوجة من الميراث فانها ترثه ان مات وهي فى العدة معاملة له بنقيض مقصودة .

أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى :

(١) أنه يزيل الملك والحل معا ، وعليه فان كل الحقوق الزوجية تنقطع فى الحال ولا يبقى منها سوى العدة ونفقتها ، على الخلاف السابق بين الحنفية والجعفريـــة .

(٢) البينونة الكبرى نهاية ما يملك الزوج على زوجته مـــن الطلاق ، وعليه فلا محل بعدها لطلاق آخر يوقعه الزوج على المرأة .

(٣) لا يستطيع الزوج أن يعيد اليه الزوجة المبانة بينونة كبرى الا بعـد

يمكن اخذ ذلك من روح المادة المذكورة ومن نص المادة الخامسة من القانون المذكور وهي (كل طلاق يقـع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخـول والطلاق عـلى مـــال) .

أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا «[١]» ، ثم يطلقها لسبب من أسباب الطلاق أو يموت عنها ، ثم تنقضي عدتها ، وحينئذ يجوز له أن يعقد عليها برضاها عقدا جديدا بمهر جديد .

(٤) يحل به مؤجل المهر كما تقدم فى أحكام البينونة الصغرى .

(٥) اذا مات أحد الزوجين ولو أثناء العدة لا يرثه الآخر كما تقدم في أحكام البينونة الصغرى .

هذا هو الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، وهذه هي أحكام كل منهما بالنسبة لكل من مذهب الحنفية ومذهب الجعفرية . والعمل فى المحاكم العراقية لا يزال الى اليوم يجري على ما ذكرناه ، أما فى مصر فقد جرى العمل أخيرا بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على مال » هذا بالنسبة للطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ، أما بالنسبة للطلاق الذي يوقعه القاضي بطلب من الزوجة فقد جرى العمل فى مصر على أنه يكون رجعيا اذا كان بسبب عدم الانفاق على الزوجة أو العسر بالنفقة ، ويكون بائنا فى كل ما عدا ذلك من الحالات التي يطلق فيها القاضي على الزوج ، وسنبين عند الكلام عن باقي فرق الزواج ما يعتبر منها طلاقا رجعيا وما يعتبر بائنا على كل من مذهب الحنفية والجعفرية .

وقبل أن نترك هذا البحث نرى أن نعرض للكلام عن ثلاث مسائل تتصل بموضوع الطلاق الرجعى والبائن وهي :

---

(١) عند الحنفية والجعفرية يصح أن يكون الزوج الثاني مراهقا قريبا من البلوغ ودخوله بالزوجة يحلها لزوجها الاول . ونكاح المتعة عند الجعفرية لا يحل المراة لزوجها الاول . ولا يشترط الحنفية كون الوطء من الزوج وطأ حلالا ، أما الجعفرية فقد ذكر ابو جعفر الطوسي فى مسائل الخلاف حـ٢ ص ٩٩ : انه اذا وطئها الزوج الثاني فى حال يحرم وطؤها فيه ، بأن يكون احدهما صائما او محرما أو تكون المراة حائضا او نفساء فانها لا تحل به للاول . ومن الحنفية من قال بهذا .

(١) هل ألفاظ الطلاق المجردة عن العدد يصح معها نية العدد أو لا ؟
(٢) نكـاح التحليل وحكمـه .
(٣) هل يهـدم الزوج الثاني طلاق الزوج الاول ، ثلاثا كـان أو دون الثـلاث ؟ . واليك توضيح كل مسألة على حدة .

المسألة الاولى ـ هل ألفاظ الطلاق المجردة عن العـدد يصح معهـا نيـة العـدد اولا ؟

ذهب الحنفية الى أن الالفاظ التي يقع الطلاق بها رجعيا مثل أنت طالق من ألفاظ الصريح ، وأنت واحدة مـن ألفاظ الكناية لا يقـع الطلاق بها الا واحدة رجعية ، ونيـة البينونة الصغرى أو الكبرى لا تصح ، وكذا لا تصح نية الثنتين ، لان النية لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ ، واللفظ هنا لا يحتمل شيئا من ذلك حتى تصح نيته ، وخالف زفر فقال تصح نيـة الرجعي والبائن بقسميه . أما ألفاظ الطلاق المقترنة أو الموصوفة بما يدل على الشدة وقطـع الصلة بتاتا ، صريحة كانت أو كناية فحكمها أنه لو نوى المطلق بها ثلاثا كانت ثلاثا ، والا وقعت واحدة بائنة ، أما نيـة الثنتين فلا تصح لان الثنتين عـدد محض لا يحتمله اللفظ فلا تعمل فيه النيـة .

وذهب الشافعية الى أن الطلاق بألفاظ الصريح أو الكناية ولو مقرونة بما يدل على الشدة ، لا يكون الطلاق بها الا واحدة رجعية ولو مع نيـة البينونة .

وذهب الجعفرية الى أن صريح الطلاق ولو مقترنا بما يدل على الشـدة لا يقع به الا واحدة رجعية ولو مع نية البينونة ، أما ألفاظ الكناية فلا يقع بها طلاق على أية حال .

ولكن يشهد لمذهب الحنفية ما رواه أبو داود وغيره من أن ركانـة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة بتـة ، فأخبر النبي صلى الله عليـه وسـلم بذلك ، فقال له : ما أردت الا واحدة ، فقال له النبي صلى الله عليـه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت الا واحدة ، فردها

اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . فسؤال الرسول صلى الله عليه وسلم لركانة وتقريره باليمين أنه ما أراد الا واحدة دليل على أنه لو أراد الثلاث وهي البينونة الكبرى لأمضاها عليه ، فكذا لو أراد البينونة الصغرى بل هي أولى .

المسألة الثانية ـ نكاح التحليل وحكمه :

عرفت ـ فيما تقدم ـ أن المبانة بينونة كبرى لا يصح رجوعها الى من أبانها الا بعد أن تتزوج زوجا آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ، وعلى هذا فان كان الزواج غير صحيح فلا تحل به لزوجها الاول ولو كان معه دخول حقيقي ، وان كان الزواج صحيحا ولم يكن معه دخول حقيقي فلا تحل به كذلك لزوجها الاول ، وهذا الذي ذكرناه ثابت بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى « ... فان طلقها ـ أي الطلقة الثالثة ـ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » والنكاح فى الآية مراد به الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج فى قوله زوجا غيره ، فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا ، والتأسيس أولى من التأكيد (١) .

وأما السنة فما رواه البخاري وغيره عن عائشة رضى الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فأبت طلاقي فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير (بفتح الزاي المشددة) وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك . وجاء فى رواية أخرى : أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات . هذا والعقل يقضى بأن الدخول الحقيقي لا بد منه حتى تحل المرأة لزوجها الاول ، ذلك أن الله تعالى ما أراد بالزواج الثاني الا زجر

---

(١) شرح العناية على الهداية جـ٣ ص ١٧٥ (هامش فتح القدير) .

المطلق ثلاثا ، والزجر انما يظهر فى الدخول الحقيقي لا فى مجرد العقد ، اذ الدخول هو الذي يأنف منه الزوج ، والعقد بمجرده تتقبله النفس بلا أنفة وبلا غضاضة . هذا هو حكم الشارع فيما تحل به المبانة ثلاثا لمن أبانها ولم يخالف فى ذلك أحد من الصحابة والتابعين ، وما يروى عن سعيد بن المسيب من أنه كان يرى مجرد العقد كاف فى التحليل ، يراه العلماء غاية فى الغرابة ويقولون لعله لم يبلغه الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقيل أنه رأى ارتآه ثم رجع عنه .

... ولكن يحدث كثيرا أن بعض الناس يتزوج المطلقة ثلاثا بقصد احلالها لزوجها الاول ، فهل مثل هذا تحل به الزوجة أو لا تحل ؟

اتفق فقهاء الحنفية والجعفرية على أن الزوج لو نوى فى نفسه تحليها للزوج الاول دون تصريح بذلك عند العقد فان الزوجة تحل به ، لان العقود لا تؤثر فى صحتها النية المجردة . أما اذا تزوجها على أن يحلها لزوجها الاول بأن يقول : تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هي تزوجتك على أن تحلنى له فقد اختلف فقهاء الحنفية فى ذلك ، فذهب أبو حنيفة وزفر وهو مذهب الجعفرية الى أن الزواج صحيح ولكنه مكروه كراهة تحريم لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » . أما شرط التحليل فشرط فاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر على صحة العقد ، ولا يعمل بها ، ولذا كان للزوج الثاني أن يبقى على زوجيته وليس لاحد أن يجبره على الطلاق ، وما دام العقد صحيحا فان المرأة تحل لزوجها الاول ان طلقها زوجها الثاني بعد دخوله بها .

وذهب أبو يوسف الى أن الزواج فاسد ، لانه ما دام مشروطا بالتحليل فهو فى معنى الزواج المؤقت ، والزواج يفسده التأقيت كما علمت ، وعلى هذا فلا تحل به المرأة لزوجها الاول ولو حصل فيه دخول حقيقي .

وذهب محمد الى أن الزواج صحيح ، لكنه مع صحته لا يحل المرأة لزوجها الاول معاملة للزوج والزوجة بنقيض مقصودها حيث استعجلا أمرا أخره الشارع .

والذي نختاره ونرجحه قول أبي يوسف لان قصد التحليل معناه التأقيت والنكاح المشروع هو ما كان على جهة الدوام ، ولان الرسول سمى المحلل تيسا مستعارا ولعنه ، ولان عمر رضى الله عنه كان يقول « لا أوتى بمحلل ولا بمحللة الا رجمتهما » ولما ورد من أن ابن عمر سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه ، هل تحل للاول ؟ قال : لا الا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

المسالة الثالثة ـ هل يهدم الزوج الثاني طلاق الزوج الاول ، ثلاثا كان أو دون الثلاث ؟ :

وهذه تسمى فى كتب الفقه مسألة الهدم . وحاصلها ، أن الزوجة المطلقة ثلاثا اذا تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى زوجها الاول فانها تعود اليه بحل جديد أي أنه يملك عليها ثلاث طلقات جديدة ، أما الطلقات الثلاث التي أوقعها عليها من قبل فقد هدمها الزوج الثاني ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية وسائر الفقهاء .

... ولكن هل اذا طلق الرجل زوجته طلقة واحدة أو طلقتين فتزوجت من زوج آخر ودخل بها ، ثم عادت لزوجها الاول ، فهل تعود له بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلقات جديدة ؟ أو تعود له بالحل الاول فلا يملك عليها الا ما بقى بعد الطلقة أو الطلقتين ؟. ذهب أبو حنيفة وأبويوسف ، والجعفرية على الراجح من مذهبهم الى أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث بل ذلك أولى ، وعليه فان المرأة تعود لزوجها الاول بحل جديد يملك فيه عليها ثلاث طلقات جديدة .

وذهب محمد وزفر ـ وهو رواية غير مشهورة عند الجعفرية ـ الى أن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ، فاذا عادت المرأة لزوجها الاول تعود له بالحل الاول وبما بقي فيه من طلقات ، فان كان قد طلقها فى الزواج الاول طلقة واحدة عادت له بطلقتين ، وان كان قد طلقها اثنتين عادت له بواحدة ،

بخلاف من طلقت ثلاثا فانها حرمت على زوجها الاول بالطلقة الثالثة ، والزوج الثاني أزال الحرمة ، فاذا عادت الى الاول عادت بحل جديد ، فيملك عليها ثلاث طلقات جديدة بمقتضاه •

الفصل السابع

« فى : الرجعة »

(١) تعريفها (٢) من له حق الرجعة (٣) بم تكون ؟ (٤) شروطها (٥) الخلاف فيها •

١ ـ تعريف الرجعة :ـ

الرجعة هي استدامة الزوجية القائمة ، بالقول او الفعل ، بعد ان كانت على خطر الزوال بسبب الطلاق الرجعي • فالرجعة تفسد عمل الطلاق فى انهاء الزوجية عند نهاية العدة فيبقى ملك النكاح قائما كما هو دون أي أثر للطلاق الا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته •

٢ ـ من له حق المراجعة :ـ

والرجعة حق الزوج وحده ، فله أن يراجع زوجته فى عدتها ان رأى امساكها ، وله أن يتركها بلا مراجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه ان رأى متاركتها • وليس للزوجة حق فى المراجعة فلا تستقل بها ، ولا يتوقف حق الزوج فى الرجعة على رضاها • والذي يدل على أن الرجعة حق الزوج بلا منازع ولا مدافع قول الله تعالى بعد ذكر الطلاق « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ••• » وقوله بعد امر النساء بالتربص مدة العدة « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا »

حيث أسندت الآية الاولى الامساك والمفارقة الى الازواج ، وأعطت الآية الثانية حق الرد والمراجعة لهم دون غيرهم .

واذا ثبت أن الرجعة حق الزوج شرعا ، فليس له أن يسقط حقا وجد سببه وملكه الله اياه ، بأن يقول بعد وقوع الطلاق ـ مثلا ـ لا حق لي فى المراجعة أو أسقطت حقى فى المراجعة ، لان العبد لا يستطيع ابطال عمل الاسباب بعد ان ربطها الله بمسبباتها ، ولا يملك تغيير ما شرعه الله عز وجل لعباده .

٣ ـ بم تكون الرجعة ؟ :ـ

والرجعة تكون بواحد من أمرين : القول ، أو الفعل .

فالرجعة بالقول تارة تكون بلفظ صريح نحو : راجعت زوجتي ، أو أمسكتها ، أو رددتها الى عصمتي ، وكذا قوله مخاطبا لها : راجعتك ، أو أمسكتك ، أو رددتك الى عصمتي ، وهذا باتفاق بين الحنفية والجعفرية . وتارة تكون بلفظ من ألفاظ الكناية ـ عند الحنفية دون الجعفرية ـ نحو أنت امرأتي ، أو أنت عندي كما كنت اذا نوى بها المراجعة ، لان العبارة تحتمل ذلك ، وتحتمل أنها مثل امرأته معزة واكراما ، أو أنها كما كانت قبل عناية بها ورعاية لها .

والرجعة بالفعل تكون بكل ما يوجب حرمة المصاهرة من الوطء ودواعيه كالقبلة واللمس بشهوة منه ولو اختلاسا ، ومنها ان كان ذلك بعلمه ولم يمنعها منه ، فان كان شيء من ذلك باختلاس منها ، أو بغير رضا الزوج فمن الحنفية من يثبت به الرجعة ومنهم من لا يثبتها . والجعفرية لا يثبتون الرجعة الا بما يكون من الرجل . والرجعة تثبت ـ عند الحنفية والجعفرية ـ بالكتابة ، وبالاشارة من الاخرس على نحو ما تقدم فى عقد الزواج .

٤ ـ شروط الرجعة :ـ

ولا بد لصحة الرجعة من شرطين :

الاول ـ أن تكون فى مدة العدة ، فان انتهت المدة بلا مراجعة سقط حق الزوج فيها ، وبانت الزوجة ، وحلت للازواج (١) .

الثاني ـ أن تكون المراجعة منجزة ، فان كانت معلقة على شرط يوجد فى المستقبل ، أو مضافة الى زمن مستقبل فلا تصح ، لانها استدامة لملك النكاح فكانت كانشائه ، وعقود التمليك وما فى معناها من التصرفات التى تفيد الملك لا تصح الا منجزة .

ولا يشترط الحنفية ولا الجعفرية الاشهاد على الرجعة ، ولكنه يندب منعا للتناكر فيما بعد ، ولا يشترطون علم الزوجة بها ، ولكنه يندب اعلامها حتى لا تتورط فى الزواج بعد انتهاء العدة ، ولا يشترطون عقدا ولا مهرا ولا حضور ولى لانها ليست انشاءً للزواج ، بل هي ابقاء عليه واستدامة له .

ويشترط الحنفية فى المراجعة بالقول أن يكون المراجع أهلا لمباشرة عقد الزواج فلا تصح من مجنون او معتوه أو نائم أو مغمى عليه ولا من سكران بمباح ، أما الرجعة بالفعل فتصح عندهم من المجنون والمعتوه والسكران ، وتصح عندهم المراجعة بالقول أو بالفعل من المكره والهازل وغير القاصد ، لان الرجعة استدامة ملك النكاح القائم وما صح ابتداءً صح استبقاء ، بل هو اولى .

٥ ـ الخلاف بين الزوجين فى الرجعة :ـ

الخلاف بين الزوجين فى الرجعة تارة يكون على أصل ثبوتها ، وتارة يكون على وقوعها ، وتارة يكون على صحتها .

فاذا كان الخلاف بين الزوجين على أصل ثبوت الرجعة ، وذلك بأن

---

(١) اذا كانت العدة بالقروء فانتهاؤها بمجرد انقطاع الدم من الحيضة الثالثة ان انقطع الدم لعشرة أيام ، وان انقطع لاقل من عشرة ايام فلا تنتهي الرجعة الا اذا اغتسلت ، أو تيممت وصلت ، أو صارت الصلاة دينا فى ذمتها . وعند الجعفرية تنقطع الرجعة اذا رات دم الحيضة الثالثة بعد انقضاء ثلاثة اطهار .

يدعي الزوج أن الطلاق رجعي فحقه فى الرجعة ثابت ، وتدعي الزوجة أن الطلاق بائن فلا حق له فى الرجعة ، فأيهما أتى ببينة على دعواه حكم له بما أدعى ، وان أتى كل واحد منهما ببينة قبلت بينة الزوجة لانها على خلاف الظاهر ، اذ الظاهر كون الطلاق رجعيا لانه الاصل ، وان عجزا عن البينة فالقول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد له ، وهو الذي طلق فيرجع اليه فى بيان نوع الطلاق .

واذا كان الخلاف بين الزوجين على وقوع الرجعة وذلك بأن يدعى الزوج أنه راجعها والزوجة تنكر ذلك ، فان كان الخلاف حال قيام العدة صدق الزوج ، لانه أخبر بشيء يملك انشاءه فى الحال فيجب تصديقه فيه ، لان من القواعد الشرعية المقررة أن من حكى أمرا يملك انشاءه فى الحال صدق فيما حكاه ، وان كان الخلاف بعد مضى العدة فعلى الزوج اثبات دعواه بالبينة فان أتى بها قضى بما ادعاه ، وان عجز عنها فالقول قول الزوجة بلا يمين عند أبى حنيفة ومع اليمين عند أبى يوسف ومحمد . ولو أن المرأة تزوجت بعد العدة ، والزوج أثبت بالبينة أنه راجعها فى العدة فرق القاضي بينها وبين زوجها الثاني ولو بعد الدخول لفساد النكاح .

واذا كان الخلاف بين الزوجين على صحة الرجعة ، بأن اتفقا على أصل وقوعها ولكن الزوجة تدعي عدم صحتها لانها وقعت بعد مضى العدة ، والزوج يدعي صحتها لانها وقعت فى العدة ، فان كانت المدة التي مضت على الطلاق تحتمل انتهاء العدة فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وان كانت لا تحتمل انتهاء العدة كانت كاذبة فى دعواها وحكم بصحة الرجعة .

واقل مدة العدة بالقروء للحرة ستون يوما عند أبي حنيفة ، وتسعة وثلاثون يوما عند أبي يوسف ومحمد ، وستة وعشرون يوما ولحظتان عند الجعفرية . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن العدة ان شاء الله تعالى .

الفصل الثامن

« في : تفويض الطلاق »

(١) تعريفه (٢) دليل مشروعيته (٣) حقيقته (٤) صيغ التفويض (٥) أقسامه (٦) حكمه •

١ ـ تعريف التفويض :ـ

تفويض الطلاق هو تمليك الزوج غيره حق تطليق زوجته ، أو تمليك الزوج زوجته حق تطليق نفسها •

٢ ـ دليل مشروعيته :ـ

والاصل فى شرعية التفويض قوله تعالى « يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا • وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما » فالله سبحانه وتعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام حين غضب على نسائه لما سألنه من النفقة ما ليس عنده أن يخيرهن بين الطلاق ان أردن الدنيا وزينتها ، وبين الابقاء على الزوجية ان آثرن رضوان الله ورسوله ونعيم الآخرة ، والذي كان من النبي عليه الصلاة والسلام هو أنه جعل أمر الزوجية الى نسائه ان شئن أنهينها وان شئن أبقين عليها •

وأيضا فان الطلاق حق يملكه الزوج ، وكل من ملك حقا فله أن يتولاه بنفسه ، وله أن يعهد به الى غيره ، فان عهد الزوج بطلاق زوجته اليها كان ذلك تفويضا ، وان عهد به الى غيرها كان توكيلا الا اذا علق على تطليقها على مشيئة ذلك الغير فانه يكون تفويضا له لا توكيلا ، لانه لما جعل أمر الطلاق الىمشيئته كان مملكا اياه حق الطلاق يعمل فيه بمشيئته بخلاف الوكيل فانه لا يعمل بمشيئة نفسه وانما يعمل بمشيئة من وكله •

٢ ـ حقيقة التفويض : ـ

والتفويض فى حقيقة أمره تمليك لا كسائر التمليكات لانه يختلف عنها في امور :

منها أن التفويض لا يسلب الزوج حقه فى التطليق فله بعد التفويض أن يطلق زوجته ، بخلاف التمليك المحض فانه يسلب المملك حق التصرف فيما ملكه لغيره ، كالبائع بعد تمام عقد البيع لا يملك التصرف فى المبيع لانه خرج عن ملكه الى ملك المشتري .

ومنها أن التفويض يتم بالايجاب من جانب الزوج ولا يتوقف على القبول من جانب الزوجة أو غيرها ، بخلاف التمليك فانه لا يتم الا بمجموع الايجاب والقبول ، ولهذا لم يكن للمفوض حق الرجوع عن التفويض بعد صدور الايجاب منه ، وكان للبائع حق الرجوع فى البيع بعد صدور الايجاب ما دام القبول لم يصدر من جانب المشتري .

والتفويض له شبه بالتوكيل من ناحية أن كلا منهما لا يسلب الانسان حقه فى التصرف فيما فوض فيه أو وكل به ، ولكن مع هذا يختلف التفويض عن التوكيل فى أمور :

منها أن المفوض يعمل بمشيئته ، بخلاف الوكيل فانه يعمل بمشيئة موكله . ومنها أن التفويض لا يتوقف على قبول المفوض اليه، بخلاف التوكيل فانه يتوقف على قبول الوكيل .

ومنها أن المفوض لا يملك الرجوع عن التفويض لانه تعليق الطلاق على مشيئة الغير والطلاق المعلق كالمنجز فى أن كلا منهما لا يصح الرجوع فيه بعد صدوره ، بخلاف التوكيل حيث يملك الموكل الرجوع عن الوكالة وعزل الوكيل قبل أن ينفذ ما وكل به .

ومنها أن التفويض المطلق يتقيد بمجلس التفويض أو بمجلس العلم به ، فليس للمفوض اليه أن يطلق بعد المجلس ، بخلاف التوكيل فانه لا يتقيد

بالمجلس، فللوكيل أن يطلق بعده الا اذا قيدت الوكالة بالمجلس فانها تتقيد به •

هـــذه هي حقيقة التفويض عند الحنفية ، وهـــذا هو فرق ما بينه وبين التمليك المحض ، وفرق ما بينه وبين الوكالـــة •

أما الجعفرية فحقيقة التفويض عندهم أنه توكيل واذن من الزوج فـي الطلاق ، لذا كان للزوج حق الرجوع عنه بعد ايجابه قبل جواب من فوضه ، كمـا أنه لا يتقيد التفويض بالمجلس فللمفوض اليه ـ زوجة أو غيرها ـ أن يطلق فى المجلس وبعد المجلس الا اذا كان التفويض مقيدا بوقت فانه يبطـل بمضيـــه •

٤ ـ **صيـغ التفـويض : ـ**

وتفويض الطلاق يكون بكل لفظ يدل عليه ، ولكن فقهاء الحنفية ذكروا ثلاث صيغ وهي (اختـاري نفسك) ، (أمرك بيدك) ، (طلقي نفسـك ان شئت) «[1]» • والصيغة الاولى والثانية من الفاظ الكناية فلابد لصحةالتفويض بهما مـن دلالة الحال أو نية الطلاق ، ويقع الطلاق بهما بائنا ، لانه لا يتـم اختيارها نفسها أو أن يكون أمرها بيدها الا بالبينونة • أما الصيغة الثالثـة فيثبت التفويض بها بدون نية ويقع الطلاق بها رجعيا الا اذا كان لم يدخل بها أو كان التفويض على عوض فانه حينئذ يكون بائنا • وان كان مكملا للثلاث وقعت به بينونة كبرى •

---

(١) تقييد صريح الطلاق بالمشيئة ليس بلازم بالنسبة للزوجة فى حق طلاق نفسها ، لان انابة الزوجة فى تطليق نفسها ولو بصيغة التوكيل ، كما لو قال لهـا وكلتك فى تطليق نفسك لا يكـون الا تفويضا لانها تختـار لنفسها فهي تعمـل بمشيئتها لا بمشيئة زوجها ، ولهذا قال فقهـاء الحنفية لو قال رجل لزوجته طلقي نفسـك وضرتك كان مفوضا لها بالنسبة لنفسها ، وموكلا بالنسبة لضرتها . ولو قال لها طلقـي نفسك وضرتك ان شئت كان مفوضا لها بالنسبة لنفسـها ولضرتها . اما تفويض غير الزوجة بطلاق الزوجة فلا بد مع لفظ الطلاق الصريح من التقييد بالمشيئة والا كان توكيلا كما تقدم .

وقال الجعفرية : لا يقع الطلاق الا اذا قالت الزوجة (أنا طالق) سواء أكان التفويض بألفاظ الكناية أم بصريح لفظ الطلاق ، ويكون طلقة واحدة رجعية الا اذا كانت الزوجة غير مدخول بها ، أو كان التفويض على عوض ، أو كانت صغيرة دون البلوغ ، أو كانت يائسة من المحيض فان الطلاق حينئذ يكون بائنا ، وان كان مكملا للثلاث بانت به بينونة كبرى .

هذا ، وصيغة التفويض تارة تكون مطلقة عن التقييد بوقت كقوله (اختاري نفسك) ، وتارة تكون مقيدة بوقت معين كقوله (اختاري نفسك مدة شهر) وتارة تكون مقترنة بما يدل على التعميم فى كل زمن كقوله (اختاري نفسك متى شئت) ، وعلى كل أما ان تكون الزوجة حاضرة وقت التفويض أو غائبة . ولكل حالة حكمها :

فان كان التفويض بصيغة مطلقة فللزوجة أن تطلق نفسها فى مجلس التفويض فقط ان كانت حاضرة ، وفى مجلس علمها ـ ولو بعد مدة طويلة ـ ان كانت غائبة ، فان قامت عن المجلس أو ظهر منها ما يدل على الاعراض بطل التفويض «[1]» . وقيام الزوج عن المجلس لا يقطعه ما دامت الزوجة باقية فيه . وقد مر أن الجعفرية لا يقيدون التفويض بالمجلس فى هذه الحالة .

وان كان التفويض مقيدا بوقت معين فلها أن تطلق نفسها فى هذه المدة ، فان مضت بطل التفويض بمضيها سواء أكانت الزوجة حاضرة أم غائبة .

---

(١) اذا قالت امراة لرجل تزوجتك على أن يكون أمري بيدي اطلق نفسى ان شئت فقال الزوج قبلت فالظاهر من عبارات فقهاء الحنفية انها لا تملك تطليق نفسها الا فى مجلس العقد ، لان التفويض مطلق ، ولكن رات بعض المحاكم المصرية أن هذا التفويض وان كان ظاهره الاطلاق الا انه فى الحقيقة يعم كل الاوقات فهو فى معنى قولها اطلق نفسى متى شئت لان قرينة الحال تؤيد ذلك اذ ليس من المعقول ان تكون المراة اشترطت ذلك لتطلق نفسها فى مجلس لعقد ، وانما المعقول أن تكون اشترطته لتطلق نفسها فى المستقبل ان حدث ما يدعو الى الطلاق ، وهذه وجهة نظر سليمة .

وان كان التفويض مقترنا بما يدل على التعميم فى كل زمن فللزوجة أن تطلق نفسها أي وقت شاءت سواء أكانت حاضرة وقت التفويض أم كانت غائبة ، وليس لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة واحدة الا اذا كانت صيغة التفويض تفيد التكرار كأن يقول لها (طلقي نفسك كلما شئت) فانه يجوز لها أن تطلق نفسها مرة بعد مرة الى أن تستنفذ عددالطلقات التي يملكها الزوج عليها فى الحل الذي فوضها فيه • واذا كان تفويض الطلاق لغير الزوجة فالحكم هو الحكم في كل ما تقدم •

٥ ــ أقسام التفويض :ــ

ينقسم التفويض باعتبار الوقت الذي صدر فيه الى ثلاثة أقسام :

القسم الاول ــ تفويض قبل الزواج معلقا على وجوده ، كأن يقول رجل لامرأة : ان تزوجتك فأمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت ، فان تزوجها كان لها حق طلاق نفسها متى شاءت • وهذا عند الحنفية دون الجعفرية ، وهو مبني على ما ذهب اليه الحنفية من أنه يجوز تعليق الطلاق على الزواج ،وما معنا فيه تعليق الطلاق على الزواج ومشيئتها الطلاق ، ولا فرق فى الحكم بين قوله ان تزوجتك فأنت طالق وقوله ان تزوجتك فأنت طالق ان شئت •

القسم الثاني ــ تفويض مقارن لعقد الزواج ، وله صورتان : الصورة الاولى أن يصدر ايجاب عقد الزواج من المرأة مشروطا بتفويض الطلاق اليها ثم يكون القبول من الزوج على وفق الايجاب ، كأن تقول المرأة للرجل : تزوجتك على أن أطلق نفسي متى شئت ، فيقول الرجل لها : قبلت ، فحينئذ يصح العقد ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت لان القبول من الرجل قبول للزواج ثم للشرط ، فكان التفويض فى هذه الصورة واقعا بعد تمام العقد ، وبعد تمام العقد يملك عليها الطلاق فله أن يملكه اياها •

والصورة الثانية : أن يبدأ الرجل بالايجاب مشروطا بتفويض الطلاق الى المرأة ، ثم يكون القبول من الزوجة على وفق الايجاب ، كأن يقول لها :

تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك، أو على أن تطلقي نفسك متى شئت فتقول له قبلت ، فحينئذ يصح العقد ويبطل التفويض ، لان التفويض فى هذه الصورة وقع قبل تمام العقد لان العقد لا يتم الا بالقبول ، وقبل تمام العقد لا يملك الرجل طلاق المرأة فلا يملك أن يملكها اياه ، وفاقد الشيء لا يعطيه .

القسم الثالث ــ تفويض واقع بعد تمام العقد ، كأن يتم عقد الزواج بالايجاب والقبول ، ثم يفوض الزوج بعد ذلك أمر الطلاق لزوجته أو لغيرها ، وهذا تفويض صحيح تترتب عليه آثاره .

٦ ـ حكم التفويض :ـ

والتفويض لا يوجب على المفوض اليه ايقاع الطلاق ، بل هو مخير بين ايقاعه وعدمه ، فان اختار عدم الايقاع لا يقع شيء ، وان اختار الايقاع فلابد لوقوع الطلاق من أن يكون على وفق ما ملكه له الزوج ، وعلى هذا اذا فوض الزوج زوجته بقوله (اختاري نفسك) فقالت اخترت نفسي فلا يقع به سوى طلقة واحدة بائنة سواء نوى الزوج طلقة واحدة أم اثنين أم ثلاثا . لان الاختيار معناه مجرد الخلاص من الزوجية والخلاص غير متنوع حتى يحتمل ارادة الثنتين أو الثلاث .

واذا فوضها بقوله (أمرك بيدك) فان نوى طلقة أو طلقتين فليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة بائنة . وان نوى ثلاثا فلها أن تطلق نفسها واحدة أو لها أن تطلق نفسها ثلاثا لان الامر مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص ولا يحتمل الثنتين لانها عدد محض . والجعفرية ــ كما علمت ــ لا يوقعون الطلاق الا واحدة على أية حال بشرط أن يكون جواب الزوجة بقولها (أنا طالق) .

واذا فوضها بصريح لفظ الطلاق فأما أن توقعه على وفق ما فوضها الزوج واما أن تخالف ، فان وافقت وقع ما أوقعته باتفاق الحنفية والجعفرية . وان خالفت فأما أن يكون التفويض غير مقيد بمشيئتها ، وأما ان يكون مقيدا

بها ، وعلى كل أما أن تخالف فى العدد وأما ان تخالف فى الوصف فهذه أربع صور لكل صورة حكمها :

الصورة الاولى ــ ان كان التفويض غير مقيد بمشيئتها فخالفت فى العدد ، وهذه حكمها أنها خالفت الى أقل كما اذ قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين وقع ما أوقعته باتفاق عند الحنفية ، لان من يملك الثلاث يملك ما دونها • وان خالفت الى أكثر بأن قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثنتين أو ثلاثا فلا يقع شيء عند أبي حنيفة لانها أتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة لا ممتثلة ، وقال أبو يوسف ومحمد تقع واحدة فقط لانها تملكها بالتفويض والزائد يلغو لانها لا تملكه •

الصورة الثانية ــ ان كان التفويض غير مقيد بمشيئتها فخالفت في الوصف ، بأن فوضها فى طلاق بائن فأوقعته رجعيا أو بالعكس وقع ما فوضها به باتفاق الحنفية ويلغو ما وصفت به وتعتبر كأنها اقتصرت على ايقاع أصل الطلاق فيقع بالصفة التي عينها الزوج •

الصورة الثالثة ــ ان كان التفويض مقيدا بمشيئتها فخالفت فى العدد وهذه حكمها أنها ان خالفت الى أقل كأن قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين فلا يقع شيء باتفاق الحنفية لان مشيئة الثلاث شرط لوقوع الطلاق فاذا خالفت تخلف الشرط فلا يقع الطلاق • وان خالفت الى أكثر كما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثنتين أو ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة لان مشيئة الثنتين أو الثلاث ليست مشيئة للواحدة فلم يوجد الشرط حتى يقع الطلاق ، وقال أبو يوسف ومحمد تقع واحدة ، لان مشيئة الثنتين أو الثلاث مشيئة للواحدة كما أن ايقاعها ايقاع للواحدة فكان الشرط متحققا فتقع الواحدة •

الصورة الرابعة ــ ان كان التفويض مقيدا بمشيئتها فخالفت فى الوصف كأن قال لها طلقي نفسك بائنا ان شئت فطلقت رجعيا أو بالعكس فلا يقع شيء

باتفاق الحنفية لان الزوج علق الطلاق على مشيئتها وصفا معينا فان خالفت تخلف الشرط فلا يقع الطلاق ، اذ المعنى ان شئت الطلاق البائن فأوقعيه • أو ان شئت الرجعي فأوقعيه •

أما الجعفرية فيقولون المخالفة فى العدد لا تبطل الجواب سواء خالفت بأكثر أم باقل فلو فوض لها تطليقة واحدة فطلقت ثلاثا أو اثنتين وقعت واحدة ولو فوض لها تطليقتين أو ثلاثا فطلقت واحدة وقعت واحدة أيضا • أما المخالفة فى الوصف فانها تبطل الجواب فلا يقع الطلاق على أية حال •

هذا هو حكم التفويض عند الحنفية والجعفرية ، وهو ما يجري عليه العمل الى اليوم فى العراق • أما فى مصر فيجري العمل على أنه لايقع بالتفويض الا طلقة واحدة رجعية الا اذا كان قبل الدخول أو كان فى نظير عوض أو كان مكملا للثلاث ، مع اشتراط نية الطلاق فى الفاظ الكناية • كما يجري العمل أيضا على أن تفويض ايقاع الثلاث دفعة واحدة لا يقع الا واحدة رجعية لان الزوج بحكم القانون المعمول به الآن لا يملك أن يطلق ثلاثا دفعة واحدة ، وما لا يملكه لا يستطيع أن يملكه لغيره •

الفصل التاسع

« في : طلاق المريض مرض الموت »

(١) تعريف مرض الموت (٢) حكم الطلاق فيه

١ ـ تعريف مرض الموت:ـ

مرض الموت هو المرض الذي يشتد بصاحبه حتى يغلب على الظن موته به ، ويستمر معه الى الموت سواء أمات بسببه أم مات بسبب آخر ••

وقد ذكر الفقهاء له امارات اختلفوا فيها ، فقيل هو ما ألزم صاحبه الفراش ، وقيل هو ما أعجزه عن المشي الا معتمدا على غيره ، وقيل هو ما يقعد بصاحبه عن مباشرة مصالحه خارج البيت ان كان رجلا وداخل البيت ان

كان امرأة ، وقيل غير ذلك •• والاولى ـ وقد تقدم الطب وعرفت الامراض ونتائجها ـ أن يترك تقدير ذلك الى الاطباء فهم أهل الرأي فيه •

وقد ألحق الحنفية بالمريض مرض الموت فى الحكم كل من كان فى حالة يغلب على الظن هلاكه فيها واتصل الموت بها ، كمن قدم لتنفيذ حكم الاعدام فيه ، ومن نازل عدوه للمبارزة ، ومن كان فى سفينة أشرفت على الغرق • أما الجعفرية فلا يلحقون واحدا من هؤلاء بمن هو مريض مرض الموت •

٢ ـ حكم الطلاق في مرض الموت :ـ

وطلاق المريض مرض الموت ومن فى حكمه واقع باتفاق ما دام المريض أهلا لايقاع الطلاق ، ولا فرق بين طلاقه وطلاق الصحيح من ناحية الآثار المترتبة عليه الا فى حالة واحدة ، وهي حالة كون الطلاق الواقع فى مرض الموت بائنا وكان المقصود منه ظاهرا حرمان الزوجة من أن ترث زوجها • وهذه الحالة تعرف عند الفقهاء بطلاق الفار ، لانه يفر به من ميراث زوجته له •

وعلى هذا فاذا أوقع المريض مرض الموت طلاق زوجته فأما أن يوقعه رجعيا ، وأما أن يوقعه بائنا ، فان أوقعه رجعيا فالزوجية باقية ما بقيت العدة ، فأي الزوجين مات أثناء قيامها ورثه الآخر اتفاقا ، وبعد انقضاء العدة لا يرث أحدهما صاحبه لزوال الزوجية التي هي سبب التوارث بزوال العدة ، كما هو الشأن فى طلاق الصحيح •

وان أوقع المريض مرض الموت طلاق زوجته بائنا بينونة صغرى أو كبرى فماتت هي قبله فلا يرثها على أية حال ولو كان موتها أثناء عدتها ، لانه بمجرد وقوع الطلاق البائن تزول الزوجية فلا يبقى للميراث سبب كما هو الشأن في طلاق الصحيح •

أما ان أوقع الطلاق بائنا فمات هو قبلها بعد ما أبانها ، فان كان موته بعد انقضاء عدتها فلا ترثه بحال لزوال الزوجية بكل آثارها • وان كان موته حال قيام عدتها فكان الظاهر أنها لا ترثه أيضا لزوال الزوجية بالطلاق البائن ،

ولكن الشارع جعل لها فى هذه الحالة حق الميراث ان اتضح أنه فار بهذا الطلاق من ميراثها له ، معاملة له بنقيض مقصوده «[١]» .

وقال الجعفرية اذا طلقت الزوجة طلاق الفار بقى حقها فى الميراث ما بين الطلاق الى سنة كاملة اذا لم تتزوج بعد العدة واستمرت أهليتها للارث من وقت الطلاق الى موت الزوج فان تزوجت بعد العدة ثم مات زوجها فلا حق لها فى الميراث ، وان لم تتزوج ومات بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق ولو بلحظة سقط حقها فى الميراث أيضا .

هذا ، وما دام الفرار هو مناط الحكم بميراث المبانة من زوجها ما دامت فى العدة فلابد من ذكر الشروط التي يجب توفرها حتى يعتبر الزوج فارا ، واليك بيانها :

(١) أن يكون الطلاق بائنا لانه هو الذي يقطع الزوجية التي هي سبب الميراث ، أما الرجعي فلا يقطع الزوجية ، ولهذا لا يكون الزوج به فارا وترثه زوجته ان مات وهي فى العدة كما تقدم . وقد عرفت فيما تقدم أن المبانة قبل الدخول لا ترث زوجها على أية حال لانه لا عدة عليها ، وحيث لا عدة فلا أثر للزوجية مطلقا حتى ترث .

(٢) ألا يكون الطلاق بناء على طلبها ورضاها ، فان كان بطلبها ورضاها لا يكون الزوج فارا به . وان أكرهت على طلب الطلاق فأبانها ، أو طلبت منه طلاقا رجعيا فأبانها كان فارا ولها الميراث ان مات وهي فى العدة ، وكذا لو قالت له طلقني فأبانها لان الطلاق عند اطلاقه عن الوصف ينصرف الى الرجعي لا غير . وقال الجعفرية لو سألته طلاقا رجعيا فأبانها لا يكون فارا ولا ترثه

---

١) وانما حكم لها بالميراث ان مات وهي فى العدة ، ولم يحكم لها به ان مات بعدها ، لانها فى أثناء العدة زوجيتها باقية الى حد ما ببقاء بعض آثارها فيمكن بناء ارثها على ذلك ، اما بعد انقضاء العدة فتكون زوجيتها قد زالت بكل آثارها فلم يكن من سبيل الى بناء ارثها على سبب . ثم انها لو ورثت بعد العدة للزم ان ترث فى بعض الاحوال من زوجين فى وقت واحد وهي لا تكون زوجة لاثنين شرعا.

بعد موته لانها أسقطت حقها بطلب الطلاق وان خالفه «[1]» •

(٣) ألا يكون الزوج مكرها على ايقاع الطلاق لانه مع الاكراه لا يتحقق قصد الفرار ، وهذا على رأي من يقول بوقوع طلاق المكره •

(٤) أن تكون الزوجة أهلا للميراث من زوجها من وقت طلاقها الى وقت موته ، فان كانت ليست أهلا للميراث عند الطلاق كأن كانت كتابية وهو مسلم لا ترثه حتى ولو أسلمت بعد الطلاق وهي فى العدة ، لانه حين طلقها لم تكن أهلا للميراث حتى يقال أنه فار • وان كانت أهلا للميراث وقت الطلاق فارتدت سقط حقها فيه ، فان عادت الى الاسلام قبل موته ثم مات فى العدة لا ترثه أيضا لان حقها فى الميراث سقط بردتها ولا يعود باسلامها لان الساقط لا يعود •

هذا ، وكما يكون الزوج فارا بالطلاق تكون الزوجة — عند الحنفية — فارة أيضا من ميراث زوجها لها اذا حدث منها — بغير رضا الزوج وباختيارها فى مرض موتها أو ما ألحق به — ما يوجب الفرقة بينها وبين زوجها كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار البلوغ أو الافاقة ، أو أرضعت ضرتها الصغيرة ، أو اتصلت بأحد أصول الزوج أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة ، ويرثها زوجها ان ماتت فى عدتها لانها قصدت حرمانه من الميراث فتعامل بنقيض مقصودها، وان مات هو أثناء عدتها فلا ترثه لانها أسقطت حقها بفسخ الزوجية التي هي سبب الميراث بين الزوجين • أما الجعفرية فيرون أن الزوجة لو باشرت سبب الفرقة غير الرجعية وهي مريضة مرض الموت فان زوجها لا يرثها بعد موتها وانما يرثها فقط فى فرقة الطلاق الرجعي •

(١) الاحكام الجعفرية ص ٦٩ .

الباب الثانى

فى الخلع

(١) تعريفه (٢) دليل مشروعيته (٣) ركنـه (٤) شروطه (٥) حقيقتـه (٦) الفرق بينه وبين الطلاق على مال (٧) أحوال عبارة الخلع (٨) ما يصح أن يكون بدلا فيه (٩) حكم أخذ البدل (١٠) أحكام الخلع (١١) خلع المحجور عليها (١٢) خلع المريضة (١٣) خلع الاجنبي .

١ ـ تعريف الخلـــع : ـ

الخلع هو ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما فى معناه ، مقابل عـوض تلتزم به الزوجة ، وذلك كأن يقول الزوج لزوجته : خالعتك أو بارأتك عـلى مائة دينار فتقول له : قبلت ، أو يقول لها : خالعتك أو بارأتك على مهرك أو على المؤخر منه فتقول له : قبلت ، ولا فرق بين أن يكون الايجاب من جانب الزوج والقبول من جانب الزوجة أو العكس .

٢ ـ دليل مشروعية الخلع : ـ

والدليل على شرعية الخلع قوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون) فقد أباحت الآيـة للزوجة أن تفتدي نفسها بمال تعطيه للزوج ، وأباحت للزوج قبوله ، وذلك ان خافا عدم القيام بحقوق الزوجية على نحو ما شرع الله .

وأيضا ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس : ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليـه فى خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر فى الاسلام ـ تريد كفر العشير

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة .

والاجماع منعقد على جواز الخلع لم يخالف فيه الا من لا يعتد بخلافه .

٣ ــ ركنــــه : ــ

وركن الخلع الايجاب والقبول ، لانه عقد على طلاق يصدره الزوج مقابل بدل تلتزمه الزوجة ، فلا يقع الطلاق ولا يلتزم البدل الا بقبولها ، كما هو الشأن فى عقود المعاوضات .

٤ ــ شــروطه : ــ

ولابد لصحة الخلع من توفر الشروط الآتية :

(١) ــ أن يكون الزوج المخالع أهلا لايقاع الطلاق ، وأن تكون المرأة المخالعة محلا له .

(٢) البدل من جانب الزوجة ، فان كان بلا بدل كان طلاقا لا خلعا .

(٣) أن تكون الزوجة عند التزامها بدل الخلع من أهل التبرعات ، لان بذل البدل تبرع فلابد من أن تكون أهلا له ، فان لم تكن أهلا لذلك كأن كانت صغيرة أو سفيهة وقع بخلعها طلاق ولا يجب عليها ما التزمت به من البدل ، كما سيأتي .

(٤) أن تكون الزوجة راضية غير مكرهة ولا جاهلة بمعنى الصيغة ، فان أكرهت على القبول أو لقنت صيغة الخلع فنطقت بها وهي لا تعرف معناها لا يصح الخلع باتفاق الحنفية والجعفرية [(١)] .

(٥) أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما فى معناه كالابراء والافتداء ،

---

(١) فى فرق الزواج للشيخ على الخفيف ص ١٥٦ أنه اذا اكرهت الزوجة على قبول الخلع وقع به طلاق ولا يلزمها البدل ، وفى الاحكام الشرعية للمرحوم الشيخ الابياني جـ١ ص ٣٩٦ ان الزوجة لو لقنت صيغة الخلع بلغة لا تعرفها فنطقت بها لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال .

فان كانت الصيغة على غير ذلك كأن قالت الزوجة لزوجها طلقني على مائة دينار فطلقها على ذلك كان طلاقا بائنا لا خلعا وستعرف الفرق بين الاثنين .

(٦) ويشترط الجعفرية لصحة الخلع والمبارأة فوق ما تقدم حضور شاهدين ، وتجريدهما عن الشرط كما هو الشأن فى الطلاق عندهم ، ولا بأس بشرط يقتضيه العقد كما لو شرط الرجوع ان رجعت .

(٧) ويشترط الجعفرية أيضا أن يكون الخلع والمبارأة عند وجود الكراهة من الزوجين معا ، أو من الزوجة خاصة ، وبعض الجعفرية يشترط فى الخلع أن تكون الكراهة من الزوجة خاصة ، وفى المبارأة أن تكون الكراهة من الزوجين معا .

(٨) واشترط أكثر الجعفرية اتباع المبارأة بلفظ الطلاق ، واختلفوا في الخلع فمنهم من اشترط اتباعه بلفظ الطلاق ومنهم من لم يشترط ذلك «١» .

٥ — حقيقة الخلع : —

وحقيقة الخلع — كما تقدم — أنه عقد على طلاق فى نظير بدل ، فهو كسائر العقود يتم بالايجاب والقبول ، غير أن طبيعة هذا العقد أو التكييف الفقهي له هو أنه عقد ذو اعتبارين مختلفين بالنسبة للزوج والزوجة ، فهو بالنسبة للزوج يعتبر يمينا ، لانه تعليق الطلاق على شرط ، وبالنسبة للزوجة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع لانها تبذل ما تبذل لا فى مقابلة مال ولا فى مقابلة منفعة متقومة «٢» ولهذا يأخذ الخلع أحكام اليمين أو بعبارة اخرى أحكام التعليق

---

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٧٢ ، والمختصر النافع ص ٢٢٧ — ٢٢٨ ، وسيتضح لك — على ما هو الظاهر — ان الخلع والمبارأة حقيقتان مختلفتان لكل شروطها واحكامها .

(٢) ذكر صاحب الهداية : أن البضع متقوم حالة الدخول لا حالة الخروج ، وعلل ذلك بأن البضع شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه ، أما الاسقاط فنفسه شرف (للتخلص من المملوكية) فلا حاجة الى ايجاب المال — هذا وقد جربنا

بالنسبة لجانب الزوج ، ويأخذ أحكام المعاوضات بالنسبة لجانب الزوجة .

ويتفرع على اعتبار الخلع يمينا من جانب الزوج ما يأتي :

أولا — اذا صدر الايجاب فى الخلع من جانب الزوج فليس له أن يرجع فيه قبل قبول الزوجة لانه طلاق معلق والمعلق كالمنجز لا يصح الرجوع فيه ، ولو كان معاوضة بالنسبة للرجل لصح رجوعه عن الايجاب قبل قبول الزوجة كما هو الشأن فى المعاوضات .

ثانيا — لا يبطل الايجاب الصادر من الزوج بقيامه من المجلس ، وانما يبطل بقيام الزوجة من المجلس قبل موافقتها أو باشتغالها فى المجلس بما يدل على الاعراض منها ، ولو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لبطل بقيامه بعد الايجاب وقبل القبول .

ثالثا — يجوز للزوج أن يعلق الخلع على شرط أو يضيفه الى زمن مستقبل ، ولو كان معاوضة من جانبه لما صح لان عقود التمليك لا تكون الا منجزة .

رابعا — لا يجوز للزوج اشتراط الخيار لنفسه ، لان الخلع اسقاط والاسقاطات لا يدخلها الخيار ، ولو كان معاوضة من جانبه لصح خيار الشرط لانه يدخل عقود التمليك .

ويتفرع على اعتبار الخلع معاوضة من جانب الزوجة ما يأتي :

أولا اذا صدر الايجاب فى الخلع من جانب الزوجة كان لها أن ترجع فيه قبل قبول الزوج كما هو الشأن فى سائر المعاوضات .

ثانيا — يبطل الايجاب الصادر منها بقيامها من المجلس أو بقيام الزوج قبل القبول ، لان عقود المعاوضات تبطل بتفرق المجلس .

على مذهب ابى حنيفة فى اعتباره الخلع يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة لانه هو الراجح ، وقد ذهب ابو يوسف ومحمد الى ان الخلع يمين من الجانبين .

ثالثا ـ لا يجوز للزوجة أن تعلق الخلع على شرط أو تضيفه الى زمن مستقبل ، لما علمته من أن عقود التمليك لا تكون الا منجزة .

رابعا ـ يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها ، فلو قال لها : خالعتك على مائة دينار ، فقالت له : قبلت على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام صح وكان لها أن ترفض الخلع فى مدة الخيار فلا يقع طلاق ولا تلزمها المائة ، ولها أن تقبله فيقع الطلاق وتلزمها المائة ، وكذا يقع الطلاق وتلزم المائة اذا مضت مدة الخيار ولم ترد برفض أو قبول «[1]» .

ويتفرع على أن بذل البدل من جانب الزوجة فيه معنى التبرع ، أنه لابد من أن تكون من أهل التبرعات وذلك بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه أو غيره ، وسيأتي توضيح ذلك .

هذه هي حقيقة الخلع عند الحنفية . أما الجعفرية فحقيقة الخلع عندهم هي ازالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة من الزوجين أو من الزوجة خاصة ، فهو والمبارأة بمعنى واحد الا أن المبارأة يشترط فيها أن تتبع بالطلاق عند جمهور الجعفرية ، أما الخلع فالراجح أنه لا يشترط اتباعه بالطلاق . ومن الجعفرية من خص اسم الخلع بازالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة منها ، وخص اسم المبارأة بازالة قيد النكاح بفدية مع الكراهة منهما فهما حقيقتان تشتركان فى جميع الاحكام الا أنه فى المبارأة لا يجوز له أن يأخذ منها أكثر مما ساقه اليها وفي الخلع يجوز .

ولا يصح عند الجعفرية أن يرجع الزوج عن الايجاب فى الخلع والمبارأة قبل قبول الزوجة ، ولا يبطل بقيامه من المجلس قبل قبولها . ويبطل الخلع

---

(١) جواز اشتراط الخيار للزوجة بناء على ما ذهب اليه ابو حنيفة من ان الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانبها ، اما على ما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد من أنه معاوضة من الجانبين فلا يجوز للمرأة أن تشترط الخيار لنفسها كما أنه لا يجوز للرجل ، وهذه هي ثمرة الخلاف بين الامام وصاحبيه فى حقيقة الخلع .

والمبارأة بقيامها عن المجلس أو أعراضها عن القبول واذا بطل لا يترتب عليه شيء الا اذا كانت الصيغة مردفة بالطلاق فانه يقع الطلاق ولا يلزم البدل «٢» .

واذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداءً كان لها حق الرجوع عنه قبل صدور القبول من الزوج ، كما أن لها أن ترجع فى البدل ما دامت فى العدة ، فان رجعت رجع الزوج فى العدة أيضا ان شاء ما لم يكن هناك مانع من رجوعه كزواجه من أختها أو من رابعة غيرها ، وامتناع رجوع الزوج لنحو زواجه من اختها لا يمنعها هي من الرجوع فى البدل ما دامت العدة باقية .

ثم ان اختار الزوج الرجوع بناء على رجوعها فى البدل عادت له كما كانت ، وان اختار عدم الرجوع بعد ما رجعت قيل يستمر الطلاق بائنا كما وقع ، وقيل بل يصير رجعيا لسقوط البدل .

ولا يجوز عند الجعفرية اضافة الخلع أو المبارأة الى زمن مستقبل ولا تعليقهما على شرط الا شرطا يقتضيه العقد ، لان الخلع والمبارأة طلاق والطلاق عندهم — كما علمت — لا يكون الا منجزا .

٦ — الفرق بين الخلع والطلاق على مال : —

لا فرق — عند الحنفية والجعفرية — بين الخلع والمبارأة والطلاق على مال من ناحية أنه يقع بكل منها طلاق بائن دون توقف على القضاء .

ولكن يفارق الخلع الطلاق على مال فيما يلي :

أولا — اذا تم الخلع سقط به كل حق ثابت لاحد الزوجين قبل الآخر وقت الخلع بسبب الزواج الذي وقع الخلع منه عند أبي حنيفة بخلاف الطلاق على مال حيث لا يسقط به شيء من حقوق الزوجية اتفاقا الا اذا نص عليه .

أما الجعفرية فلا يسقط عندهم شيء من حقوق الزوجية لا بالخلع ولا بالمبارأة ولا بالطلاق على مال الا مع النص .

ثانيا — لو بطل البدل فى الخلع كما لو خالعها على خمر أو خنزير وقع

---

(٢) الاحكام الجعفرية ص ٧٢ مادة ٢٧٩ .

الطلاق بائنا لان لفظ الخلع أو المبارأة من الكنايات التى يقع بها الطلاق بائنا عند الحنفية بخلاف ما لو بطل البدل فى الطلاق فانه يكون رجعيا وان كان بصريح لفظ الطلاق .

أما الجعفرية فيرون أن بطلان البدل يلزمه بطلان الخلع والمبارأة فلا يقع بهما طلاق الا اذا اتبعا بالطلاق فانه حينئذ يقع رجعيا كما هو الشأن لو بطل البدل فى الطلاق على مال .

٧ ــ احوال عبارة الخلع وما يترتب على كل منها : ــ

عبارة الخلع تارة تكون على صيغة المفاعلة ، كأن يقول الزوج لزوجته : خالعتك .

وتارة تكون على صيغة الامر ، كأن يقول لها : اخلعي نفسك .

وتارة تكون على صيغة الماضى ، كأن يقول لها : خلعتك .

فهذه حالات ثلاث ، كل حالة منها تارة تكون مقرونة بذكر البدل ، وتارة تكون مجردة عن ذكره ، فهذه ست حالات ، لكل حالة حكمها :

الحالة الاولى ــ اذا كانت عبارة الخلع على صيغة المفاعلة وكانت مقرونة بذكر البدل توقف الخلع على قبول الزوجة ، فاذا قبلت بانت من زوجها ولزمها البدل المذكور .

الحالة الثانية ــ اذا كانت عبارة الخلع على صيغة المفاعلة وكانت مجردة عن ذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فاذا قبلت بانت وانصرف البدل الى مهرها (١) .

الحالة الثالثة ــ اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الامر وكانت مقرونة بذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فاذا قبلت بانت ولزمها البدل المذكور .

الحالة الرابعة ــ اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الامر وكانت مجردة

---

(١) فيسقط عن الزوج ان لم يكن ساقه اليها ويلزمها رده اليه ان كان قد ساقه ــ انظر فتح القدير جـ٣ ص ٢٢٢ .

عن ذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فاذا قبلت بانت وانصرف البدل الى مهرها .

الحالة الخامسة — اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الماضى وكانت مقرونة بذكر البدل توقف الخلع على قبولها ، فاذا قبلت بانت ولزمها البدل المذكور .

الحالة السادسة — اذا كانت عبارة الخلع على صيغة الماضى وكانت مجردة عن ذكر البدل بانت من زوجها بمجرد نطقه بعبارة الخلع دون توقف على رضاها ولا يلزمها بدل ما ، لانه ليس خلعا حقيقيا ، وانما هو طلاق بائن بلفظ من ألفاظ الكناية .

هذا اذا صدرت عبارة الايجاب من الزوج ، فان صدرت من الزوجة فالحكم هو الحكم فى الحالات الست الا أنه فى الحالة الاخيرة لا بد من موافقة الزوج أيضا لانه هو الذى يملك الطلاق فلا بد من موافقته عليه حتى يكون هو المسقط لما يملك .

٨ — ما يصح أن يكون بدلا فى الخلع : —

وكل ما يصح ان يكون مهرا صح أن يكون بدلا فى الخلع دون حد لاقله أو أكثره ، فيجوز أن يكون بدل الخلع من النقدين ، ويجوز أن يكون عقارا ، ويجوز أن يكون منقولا ، ويجوز أن يكون دينا فى ذمة الزوج لزوجته ، ويجوز أن يكون منفعة مقابلة بمال ، كما يجوز أن تخالع الزوجة زوجها على أن تقوم بارضاع ولدها منه مدة الرضاعة المقررة شرعا بغير أجرة ، أو على أن تقوم بحضانته مدة الحضانة المقررة شرعا دون أن تتقاضى منه نفقة الحضانة . فان وفت بما التزمت فبها ، وان امتنعت عن الوفاء بما التزمت أو عجزت عنه أو مات الطفل قبل نهاية مدة الرضاع أو الحضانة رجع الزوج عليها بعوض ما لم تقم به .

ولا يصح أن يكون بدل الخلع شيئا غير متقوم كما لا يصح أن يكون مجهولا جهالة فاحشة ومع الجهالة الفاحشة يبطل الخلع عند الجعفرية ،

ويصح عند الحنفية ، ويتصرف البدل الى مهرها •

واذا كان بدل الخلع متضمنا عدوانا على حق الشرع أو على حق الغير وجب البدل فى حدود المشروع وسقط فيما عداه ، فمن خالع زوجته على ألا نفقة لها ولا سكنى ، صح البدل فى خصوص النفقة • ولا تسقط السكنى لانها حق الشرع ، خلافا للجعفرية فانهم يسقطون السكنى أيضا بناء على ما ذهبوا اليه من أن المبانة تقيم حيث شاءت ولا يلزمها قضاء العدة فى بيت الزوج (١) •

ومن خالع زوجته على أن تبقى حضانتها للصغير الى وقت بلوغه صح البدل الى آخر مدة الحضانة المقررة شرعا وبعد ذلك لا يكون للزوجة حق فى حضانة الصغير لانه يحتاج الى من يعوده عادات الرجال وأخلاقهم ، ولو بقى فى حضانة أمه الى البلوغ لتعود عادات النساء ، وهذا ضرر بالطفل وعدوان عليه يجب حمايته منه شرعا •

٩ — حكم أخذ البدل : —

واذا دب الشقاق ، وتعذر الوفاق بين الزوجين ، وخافا ألا يقيما حدود الله ، ولم يكن بد من أن تبذل الزوجة لزوجها ما تفتدي به نفسها فهل للزوج حق فى أن يأخذ هذا المال الذي تبذله الزوجة فى نظير خلاصها منه ؟ •

نعم للزوج قضاءً الحق فى هذا المال قل أو كثر ما دام قد تم الاتفاق عليه والتزمت به الزوجة بشرط أن تكون من أهل الالتزام ، سواء أكانت الفرقة بسبب منه ، أم بسبب منها ، أم بسبب منهما معا •

أما من ناحية الديانة ، فان كان الزوج هو الكاره لزوجته والراغب في الخلاص منها فلا يحل له شرعا أن يأخذ منها شيئا ، لان الله يقول (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا

---

(١) سبق أن قلنا عند الكلام عن نفقة العدة ان المخالعة — عند الجعفرية — لا تستحق النفقة بانواعها الثلاثة الا اذا كانت حاملا ، وعلى هذا فلا يتصور الخلع على النفقة الا بالنسبة للحامل .

أتأخذونه بهتانا واثما مبينا) • فالآية صريحة فى أن الذي يطلق زوجته لغرض الزواج من اخرى لا يحل له أن يسترد شيئا من مهرها ، وان فعل ذلك كان ظالما آثما ، ولانه — كما يقول صاحب الهداية — (أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال) •

وان كان كل من الزوجين كارها لصاحبه وكانت الفرقة برغبتهما معا ، أو كانت الزوجة هي الكارهة والفرقة برغبة منها وحدها ، فيحل للزوج شرعا أن يأخذ البدل ، لان الله يقول (•• فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون) •• ولكن لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما بذل لها من المهر ، يشهد لهذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فقال لثابت ، اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فالرسول عليه الصلاة والسلام رد لثابت المهر وهو الحديقة وما زاده عليها شيئا • وجاء فى بعض روايات الحديث : أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة من مالك فلا ولكن حديقته ، قالت : نعم ، فأخذها وخلى سبيلها ، وفى رواية اخرى أنه أمره أن يأخذ حديقته ولا يزداد «[1]» •

وعند الجعفرية ، اذا كانت الحال عامرة ، والاخلاق ملتئمة ، أو كانت الكراهة من الزوج خاصة فبذلت له شيئا ليخلعها لا يصح الخلع ولا يحل له أخذ العوض •

وعند تباين الاخلاق ووقوع النزاع بين الزوجين يجوز للزوج أن يخالع زوجته على بدل اكثر مما ساقه اليها ان كانت الكراهة منها خاصة • وان كانت الكراهة منهما معا فلا يجوز له أن يأخذ اكثر مما أعطى • وفى المباراة لا يجوز له مطلقا أن يأخذ أكثر مما ساقه اليها ، لان المباراة تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه «[1]» •

---

(١) انظر فتح القدير جـ٣ ص ٢٠٣ — ٢٠٤ .

(١) انظر المختصر ص ٢٧ ٢— ٢٢٨ والاحكام الجعفرية ص ٧١ — ٧٢ .

١٠ ـ أحكام الخلع : ـ

اذا تم الاتفاق على الخلع ترتبت عليه الاحكام الآتية : ـ

(١) يقع به طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية ونقل عن بعض الجعفرية أنه اذا لم يتبع بالطلاق يكون فسخا .

(٢) يجب على الزوجة أن تؤدي لزوجها البدل المتفق عليه لانها التزمته نظير خلاصها من زوجها .

(٣) يسقط به كل حق ثابت وقت الخلع لكل من الزوجين قبل الآخر من الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع الخلع منه ، فيسقط به عن الزوج مؤجل مهر الزوجة ، ومتجمد نفقتها ، ويسقط به عن الزوجة ما أخذت من مهر لم تستحقه كاملا كما لو سلمها كل المهر . ثم خالعها قبل الدخول ، ويسقط عنها أيضا ما عجل لها من نفقة لم تمض مدتها .

ولا تسقط به نفقة العدة لانها لم تكن ثابتة وقت الخلع ، ولا لاحدهما من حقوق على الآخر لا صلة لها بالزوجية التي وقع الخلع منها ، كمؤخر مهر من زواج سابق ، وأجرة دار ، ودين قرض ، ولا تسقط به نفقة حضانة الطفل ولا أجرة ارضاعه لان ذلك حق الطفل لا حق الزوجة .

هذا هو مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه ، ولا فرق عنده فى اسقاط الحقوق الزوجية بين لفظ الخلع ولفظ المبارأة لان كلا منهما يدل على الخلاص الكلي من الزوجية وما يتعلق بها .

وذهب محمد بن الحسن والجعفرية الى أنه لا يسقط بالخلع المبارأة سوى ما وقع الاتفاق عليه بين الزوجين ، لان الحقوق الثابتة لا تسقط الا بما يدل على اسقاطها صراحة ولفظ الخلع والمبارأة ليسا صريحين فى معنى الاسقاط .

وذهب أبو يوسف الى أنه يسقط بالخلع ما اتفقا على سقوطه فقط ، ويسقط بالمبارأة جميع الحقوق الثابتة وقت الخلع بسبب الزوجية التي تخالعا

منها لان لفظ الخلع لا يدل صراحة على اسقاط ما ثبت من الحقوق ، ولفظ المبارأة صريح فى أن كلا من الزوجين ابرأ صاحبه مما له عليه من حقوق الزوجية .

١١ ـ خلع المحجور عليها :ـ

ونعني بالمحجور عليها فاقدة الاهلية كالمجنونة والصغيرة غير المميزة ، وناقصة الاهلية كالصغيرة المميزة والسفيهة التي تتصرف فى مالها على غير مقتضى العقل «١» .

والمحجور عليها اما أن تتولى الخلع بنفسها واما أن يتولاه عنها وليها ، فان تولته بنفسها فاما أن تكون فاقدة الاهلية ، واما أن تكون ناقصتها ، فان كانت فاقدة الاهلية فالخلع باطل لا يقع به طلاق ولا يثبت به بدل ، لان الخلع تعليق الطلاق على قبولها البدل ، وقبولها لغو لا يعتد به ولا يترتب عليه أثر .

وان كانت ناقصة الاهلية وقع بالخلع طلاق بائن ولا يثبت البدل ، أما أن الطلاق يقع فلانه علقه على قبولها ، وقبولها بالنسبة لوقوع الطلاق معتبر شرعا لانها مميزة تفهم الخلع وتدرك أثره ، وأما أن الطلاق يكون بائنا فلان لفظ الخلع من الكنايات التي تدل على الانفصال التام ، والفاظ الكنايات التي بهذا المعنى يقع بها عند الحنفية طلاق بائن «٢» ، وأما ان البدل لا يثبت فلانه من قبيل التبرعات وناقص الاهلية لا يملك التبرع لانه ضرر محض .

وعند الجعفرية لا يصح الخلع فى كل ما تقدم لان القبول من أركان الخلع ولم يتحقق من فاقدة الاهلية ، والبدل شرط صحة ولم يثبت لعدم جواز التبرع من ناقص الاهلية . نعم ان اتبع الخلع بلفظ الطلاق عندهم وقع به طلاق رجعي بالنسبة للمدخول بها وبائن بالنسبة لغير المدخول بها «٣» .

---

(١) المحجور عليها للدين خلعها صحيح باتفاق لانها من أهل الالتزام ولكن لا يؤخذ البدل من المال المحجور عليه لحق الغرماء الا ان اجازوه .

(٢) والذي عليه العمل الان فى مصر ان الطلاق يقع رجعيا حيث لا بدل

(٣) انظر الاحكام الجعفرية ص ٧١ مادة ٢٧٥ .

وان تولى الخلع ولي المحجور عليها فاما أن يخالع على أن يكون البدل من ماله ، واما أن يخالع على أن يكون البدل مـن مالها ، فان خالع على أن يكون البدل من ماله وقع الطلاق بائنا ولزمه البدل من ماله ، ولا يلزم الزوجة شيء مطلقا • وان خالع على أن يكون البدل من مال الزوجة وقع الطلاق بائنا لانه معلق على قبـول الولى وقد وجد ولكن لا يلزم البدل لا فى ماله لانه ما التزم ذلك ولا فى مال الزوجة لان البدل تبرع والولى لا يملك التبرع بمال من فى ولايته ، وقيل لا يقع الطلاق فى هذه الحالة ولا يلزم البدل لان الشرط ليس هو مجرد القبول بل هو مقيد بالتزام البدل ممن هو أهل للالتزام فاذا لم يصح الالتزام لم يوجد المعلق عليه فلا يقع الطلاق ، والرأي الاول هـو المفتى به فى مذهب الحنفيـة •

وقال الجعفرية لو تولى الخلع ولى المحجور عليها على بدل يدفعه مـن مالها وقع الطلاق بائنا ولزمها البدل بشرط كراهتها لزوجها وحصول منفعـة لهـا بالخلع ، كما يصح الخلع ويقـع الطلاق ويلزمه البدل لو التزم أداءه مـن مالـه «١» •

١٢ ـ خلع المريضة مرض المـوت : ـ

خلع المريضة مرض الموت صحيح يقع به الطلاق البائن ويثبت به البدل الا أنه لا ينفذ الا من ثلث مالها لانه تبرع والتبرع فى مرض الموت وصية •

ثم ان البدل المذكور فى الخلع لا يكون هو الواجب فى كل حال ، بل أن ماتت الزوجة وهي فى عدتها فليس للزوج ـ عند الحنفية ـ سوى الاقل من أمور ثلاثة : بدل الخلع ، وثلث التركة ، ونصيبه فى الميراث ، وذلك لانه يحتمل أن يكون الزوجان قد اتفقا على الخلع فى مرض الموت ليحصل الزوج على أكثر من نصيبه فى الميراث فمعاملة للزوجين بنقيض مقصودهما كان للزوج الاقل من الامور الثلاثـة المذكـورة •

---

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٧٤ مادة ٢٩٠ .

وان ماتت الزوجة بعد انتهاء عدتها أو كان الخلع قبل الدخول حيث لا عدة فللزوج الاقل من الامرين : بدل الخلع ، وثلث التركة ، ولا يلتفت الـى نصيبه فى الميراث هنا لانه بعد العدة ، أو حيث لا تكون عدة ، لا يمكن اعتبار الزوج وارثا بحـال ما .

أما الجعفرية فيرون أن خلع المريضة مرض الموت يقع به الطلاق البائن ويثبت به الاقل من الامرين : بدل الخلع ، وثلث التركة ولو زاد عن نصيب الزوج فى الميراث ، سواء أماتت الزوجة فى عدتها أم بعدها ، وهذا مبنى عـلى ما يرونه من صحة الوصية للوارث «٢» .

هذا ، وان برئت الزوجة من مرضها الذي وقع الخلع فيه لزمها جميـع البدل ولو زاد عـن ثلث مالها باتفاق ، لانه ظهر أنهـا لم تكن مريضة مرض الموت ، فكان تصرفها وتصرف الصحيح سواء .

١٢ — خلـع الاجنبي : —

اذا تولى الخلع شخص أجنبي عن الزوجة لا هو ولي لهـا ، ولا وهو وكيل عنها ، فاما أن يلتزم البدل من ماله واما ألا يلتزمه .

فان التزم البدل من ماله وقبل الزوج فخالع وقع الطلاق ولزم الاجنبي أداء البدل من ماله للزوج ولا يرجع به على الزوجة . ولا يشترط هنا رضـا الزوجة لانه لا يلزمها بهذا الخلع شيء مطلقا حتى يشترط رضاها ، ويكـون تكييف هذه الحالة أنه طلاق على مال يدفعه الاجنبي للزوج .

وان لم يلتزم الاجنبي أداء البدل من ماله ، فان أطلق البدل ولم يضفـه الى أحد ، كأن قال للزوج اخلع زوجتك على مائة دينار فقـال الزوج قبلت لا يكـون الاجنبي ضامنا للبدل ، ويتوقف الخلع على قبول الزوجة ، لانها

---

(٢) انظر الاحكـام الجعفرية ص ٧٥ مـادة ٢٩٤ — وفى مسـائل الخلاف للطوسي جـ٢ ص ٨٨ اذا خالعت الزوجـة فى مرضها بأكثر مـن مهر مثلها كان الكل مـن صلب مالهـا .

صاحبة الشأن فى ذلك فاذا قبلت تم الخلع ولزمها المائة ، واذا لم تقبل لا يلزمها شيء مطلقا ، ولكن هل يقع الطلاق أو لا يقع قولان عند الحنفية .

وان أضاف الاجنبي البدل الى غيره ، كأن قال اخلع زوجتك على مائة يدفعها لك فلان ، أو تدفعها لك زوجتك ، ولم يكن مفوضا بهذا ، لا يلزمه البدل ويتوقف الخلع على اجازة من أضيف اليه البدل فان أجازه وقع الطلاق ولزمه البدل وان لم يجزه لا يقع به شيء .

وعند الجعفرية اذا اختلع الزوجة أجنبي من زوجها بعوض بغير اذنها لم يصح ذلك .

قالوا : لان الله يقول (فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) فأضاف الفداء اليها ، فدل على أنه اذا فدى غيرها لا يجوز ، وايضا الاصل بقاء العقد واجازة ذلك من أجنبي يحتاج الى دليل ، وليس في الشرع ما يدل عليه «[1]» .

---

(١) مسائل الخلاف جـ٢ ص ٨٨ .

الباب الثالث

« فـــي : الايـلاء » : ـ

(١) تعريفه (٢) ركنه (٣) شروطه (٤) حكمه •

١ ـ تعـريف الايـلاء : ـ

الايلاء فى اللغة : الحلف • وفى اصطلاح الفقهاء : هو حلف الزوج بالله أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر ، أو التزامه أمرا شاقا عليه ان هو قاربها فى هــذه المدة •

٢ ـ ركـن الايـلاء : ـ

وركن الايلاء هو العبارة الدالة على منع الانسان نفسه من قربان زوجته منعا مؤكدا باليمين أو بالتزام ما يشق عليه ، مدة أربعة أشهر فأكثر • وعــلى هــذا فمن قال لزوجته : والله لا أقربك أربعة أشهر ، أو والله لا أقربك ســنة كان موليا ، وكذا لو قال : والله لا أقربك ، دون تقييد بمدة معينة لان الاطلاق ينصرف الى التأبيد فكأنه قال لها : والله لا أقربك أبدا ، ومن قال لزوجته : ان قاربتك فى مدة أربعــة أشهر فعلي حج أو صوم شهرين متتابعين كــان موليا كذلك •

ومن قال لزوجته : لا أقربك أربعة أشهر دون أن يؤكد ذلك باليمين أو بالتزام ما يشق عليه لا يكون موليا ، وكذا لا يكون موليا من حلف على ترك قربان زوجته مدة أقل من أربعة أشهر •

والايلاء يكون منجزا ، ومعلقا ، ومضافا الى زمن مستقبل ، وتبدأ مدة الايلاء فى المنجز فور التلفظ به ، وفى المعلق فور تحقق الشرط ، وفى المضــاف لزمن مستقبل بدخول أول لحظة منه ـ هذا مذهب الحنفية •

أما الجعفرية فمذهبهم أن الايلاء لا يكون الا باسم الله أو بصفة مــن صفاته ، فمن حلف بالطلاق أو بالعتاق ، أو التزم ما يشق عليه لا يكون موليا •

كما أنه لا يصح الايلاء الا اذا كان مطلقا عن التقييد أو مقيدا بمدة أكثر من أربعة أشهر . ولا يكون الايلاء عندهم معلقا ولا مضافا الى المستقبل . ولابد من كون اللفظ صريحا في ترك قربان الزوجة مع اقترانه بالنية ، فان كان صريحا وتجرد عن النية ، أو كان بلفظ غير صريح ولو مع النية كقوله : والله لا يجمع رأسي ورأسك وسادة واحدة لا يكون موليا .

٣ ـ شروط الايلاء : ـ

أولا ـ أن يكون الزوج أهلا للطلاق عند أبي حنيفة والجعفرية ، واشترط أبو يوسف ومحمد كونه أهلا للكفارة التي تترتب على الحنث في اليمين وعلى هذا فالايلاء من الذمي باسم من أسماء الله «١» صحيح عند أبي حنيفة والجعفرية ، لانه أهل للطلاق ، فان بر في يمينه طلقت زوجته ، وان حنث لا تلزمه الكفارة ، وغير صحيح عند أبي يوسف . ومحمد ، لان الذمي ليس أهلا للكفارة لما فيها من معنى العبادة والعبادة لا تصح من الكافر .

واشترط الجعفرية فوق ما تقدم أن يقصد الزوج بالايلاء الاضرار بزوجته ، فلو حلف لصلاح لم ينعقد الايلاء ، كما لو حلف لاستضرارها بالوطىء ، أو خوفا من الحمل لمصلحة ولده «١» .

ثانيا ـ قيام الزوجية ، فيصح الايلاء من الزوجة غير المطلقة ، وممن هي في عدتها من طلاق رجعي باتفاق الحنفية والجعفرية «١» ، لان هذه وتلك من

---

(١) اذا آلى الذمي بالتزام ما هو قربة عند المسلمين كأن قال لزوجته ان قاربتك فعلي حج لا يصح اتفاقا ، واذا آلى بالتزام ما ليس قربة كقوله لزوجته ان قاربتك فعبدي حر او فزوجتي فلانة طالق صح اتفاقا عند الحنفية . انظر فتح القدير جـ٣ ص ١٨٢ ـ ١٨٣ .

(١) المختصر النافع ص ٢٣١ ، ومسائل الخلاف جـ٢ ص ١٨٢ ـ ١٨٣ .

(٢) واذا آلى من المعتدة من طلاق رجعي فزمان العدة محتسب عند الحنفية والجعفرية من مدة الايلاء ، وابتداء المدة من وقت الحلف ، فان كانت معتدة

نسائه ، وكلاهما يحل وطؤها والله يقول (للذين يؤولون من نسائهم ...).

أما المعتدة من طلاق بائن فلا يصح الايلاء منها باتفاق لانها ليست من نساء من أبانها لزوال زوجيتها بالبينونة ، ولانه لا يحل له قربانها فكان الحلف على تركه لغوا لا معنى له ولا أثر .

واشترط الجعفرية فوق ما تقدم كون الزوجة مدخولا بها ، فمن آلى من زوجته قبل أن يدخل بها لا يصح ايلاؤه . وفى وقوع الايلاء من المتمتع بها قولان ، أظهرهما أنه لا يقع «٣» .

٤ — حكم الايلاء : —

اذا آلى الزوج من زوجته فاما أن يفىء اليها واما أن يبر فى يمينه .

بالاقراء وامتد بها الطهر الى نهاية مدة الايلاء وقع الايلاء صحيحا ، وان كانت معتدة بالاشهر فراجعها زوجها انعقد الايلاء ممتدا الى ما بعد الرجعة ، وان انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية . وفى كتاب فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ص ٢٤١ أن الجعفرية كالشافعية يحسبون مدة الايلاء من وقت المراجعة ، ولا أدري من أين نقل هذا عنهم ، وابو جعفر الطوسي شيخ الطائفة الجعفرية يصرح فى مسائل الخلاف جـ٢ ص ١٠٢ بان مذهب الجعفرية كمذهب الحنفية كلاهما يحتسب زمان العدة من مدة الايلاء ، ويصرح بانه خلاف مذهب الشافعية ثم ان الاستاذ الخفيف يقول بعد ما ذكر المذاهب فى هذه المسألة (وجملة القول : ان من يرى حرمة وطأ المعتدة من طلاق رجعي يرى ان المدة تبتدىء من وقت المراجعة . ومن لا يرى حرمة وطئها تبتدىء المدة عنده من وقت اليمين) . ومعلوم ان الجعفرية لا يرون حرمة وطىء المعتدة من طلاق رجعي فمذهبهم كمذهب الحنفية فى ان الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل وهو الوطأ ودواعيه ، والاستاذ الخفيف نقل ذلك عنهم فى ٢١٨ من كتابه المذكور . فانهم يرون الرجعة بالقول فقط ، وعلى هذا يكون مذهب الجعفرية فى احتساب زمان العدة من مدة الايلاء هو الصحيح وهو عين مذهب الحنفية لا الشافعية .

(٣) المختصر النافع ص ٢٣١ .

فان فاء اليها قبل مضي الاربعة الاشهر بطل الايلاء ولزمه كفارة اليمين أو الوفاء بما التزم .

والفيء يكون بمباشرة الزوجة ان كان قادرا على مباشرتها . وان كان عاجزا عن المباشرة لمرض أو حبس يمتدان الى آخر مدة الايلاء يكون الفيء بنحو قوله : فئت الى زوجتي ، أو أبطلت الايلاء .

والفيء بالقول تنحل به اليمين بالنسبة للطلاق فلا يقع اذا مضت المدة ولم يقربها كما أنه لا يحنث به ، وانما يحنث وتلزمه الكفارة لو وطئها في مدة الايلاء .

وان بر في يمينه بأن مضت الاشهر الاربعة دون أن يفيء الى زوجته وقع عليها طلقة واحدة بائنة دون حاجة الى انشاء طلاق أو توقف على حكم من القاضي .

وبعد وقوع الطلاق ينتهي الايلاء ان كانت مدته معينة ، فان كان مؤبدا كأن قال لها : والله لا أقربك أبدا لا ينتهي الايلاء بوقوع الطلاق لعدم قربانها في الاربعة الاشهر الاولى بل يقع بمضيها دون قربانها طلقة واحدة بائنة ، فان تزوجها بعقد جديد ومضت أربعة أشهر اخرى دون قربانها وقعت طلقة ثانية بائنة ، فان تزوجها للمرة الثالثة ومضت أربعة أشهر اخرى دون قربانها وقعت طلقة ثالثة . ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان عادت له بعد الزوج الثاني ومضت أربعة أشهر دون قربانها لا يقع عليه طلاق ، ولكن ان قاربها لزمه كفارة اليمين أو الوفاء بما التزم به — هذا هو حكم الايلاء عند الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهبوا الى أنه بعد مضي الاربعة الاشهر أما أن يفيء الرجل الى زوجته ، واما أن يطلق ، فان فاء لزمته كفارة اليمين . وان طلق وقعت طلقة واحدة رجعية . والفيء يكون بالوطأ مع القدرة عليه ، وبنحو قوله : ان قدرت فئت الى زوجتي ان كان عاجزا .

وان أبى الزوج أن يفيء أو يطلق كان للزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي وعلى القاضي أن ينظره أربعة أشهر اخرى ، فان أصر على الامتناع ثم رافعته بعد المدة خيره القاضي بين الفيء والطلاق فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفيء ، أو يطلق . ولا يجوز للقاضي أن يطلق عليه «١» .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى أن الزوج بعد مضي الاربعة الاشهر أما أن يفيء أو يطلق ، فان أبى طلق القاضي جبرا عليه . والطلاق من الزوج أو القاضي لا يكون الا واحدة رجعية «٢» .

الباب الرابع

« في : اللعان »

(١) تعريفه (٢) سببه (٣) صورته (٤) أصل مشروعيته (٥) شروطه (٦) حكمه .

١ ـ تعريف اللعان :ـ

اللعان لغة : مصدر من اللعن بمعنى الطرد والابعاد . وفي اصطلاح

---

(١) انظر المختصر النافع ص ٢٣١ ، ومسائل الخلاف جـ٢ ص ١٠١ ، وفرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٤٤ .

(٢) منشأ الخلاف بين الحنفية ومخاليفهم في أن الفيء يكون قبل مضي الاربعة الاشهر عند الحنفية ، ويكون بعد مضيها عند الجعفرية وموافقيهم هو قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم . وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) فالفاء في قوله (فان فاءوا) تدل على التعقيب باتفاق ، الا ان الجعفرية ومن معهم فهموا أن الفيء يكون عقب مضي المدة التي يتربصها المولى فيكون المعنى : فان فاءوا بعد مضي المدة . والحنفية فهموا ان الفيء يكون عقب الايلاء فيكون المعنى : فان فاءوا بعد الايلاء وهذا محتمل لان يكون الفيء بعد الايلاء في مدة الاربعة الاشهر أو بعدها وترجح كونه في المدة بما ثبت عندهم من قراءة ابن مسعود (فان فاءوا فيهن فان الله غفور رحيم) ـ راجع فتح القدير جـ٣ ص ١٨٤ ـ ١٨٧ لتقف على ادلة الفريقين فيما وراء ذلك من خلاف .

الفقهاء : شهادات أربع مؤكدات بالايمان يؤديها الزوج مقرونة بالدعاء على نفسه باللعن ، فتقوم مقام حد القذف فى حقه ، وتؤديها الزوجة مقرونة بالدعاء على نفسها بالغضب ، فتقوم مقام حد الزنى فى حقها .

٢ — سبب اللعان :—

وسبب اللعان قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد عليه لو كانت أجنبية ، وذلك بأن يرميها بالزنى ، أو ينفي نسب ولدها عن نفسه ، ولا يأتي بأربعة شهداء على دعواه .

٣ — صورته :—

وصورة اللعان : أن يقف الزوجان أمام القاضى فيقول الزوج أولا : أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى (أربع مرات) ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى ، مشيرا فى كل ذلك الى الزوجة ، ثم تتلوه الزوجة فتقول : أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى (أربع مرات) ، وتقول فى الخامسة : غضب الله عليها انه كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى ، مشيرة فى كل ذلك الى الزوج — وان كان القذف بنفى الولد ذكراه بدل الزنى عند الملاعنة .

واذا امتنع الزوج عن الملاعنة حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد حد القذف ثمانين جلدة . واذا امتنعت الزوجة عن الملاعنة بعد ما لاعن الزوج حبست حتى تلاعن أو تصدقه ، واذا صدقته سقط عنها اللعان ولا يقام عليها حد الزنى الا اذا اعترفت به اعترافا صريحا أربع مرات .

وعند الجعفرية : يحد من امتنع من الزوجين عند الملاعنة بمجرد امتناعه ، لان موجب القذف — عندهم — فى حد الزوج الحد ، وله اسقاطه باللعان ، وموجب اللعان فى حق الزوجة الحد ، ولها اسقاطه باللعان ، واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية لما قذف زوجته

بشريك بن سحماء (البنية أو حد فى ظهرك) حيث أخبره ان الحد واجب عليه حتى يقيم البينة (١) .

٤ ـ أصل مشروعية اللعان :ـ

والاصل فى مشروعية اللعان : أن من قذف امرأة حرة عفيفة بالزنى فاما أن يأتي بأربعة شهداء على دعواه ، وحينئذ يقام على المرأة حد الزنى ، واما أن يعجز عن الاتيان بالبينة فيحد حد القذف ثمانين جلدة ، وفى هذا يقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا واولئك هم الفاسقون . الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) والآية عامة تشمل من يقذف أجنبية ومن يقذف زوجته ... ولكن لما كان الزوج قد تقع عينه على ما يكره من زوجته ، ويتعذر عليه الاتيان بالشهداء ، ويشق عليه ان يسكت على ريب وغيظ ، جاء رجل من الانصار وقد رأى زوجته على ما يكره ، فقال : يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه ، وان تكلم جلدتموه ، وان سكت سكت على غيظ ، اللهم افتح ، فنزل قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدرؤ عنها العذاب أن تشهدأربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين) . وبنزل الآيات كان اللعان طريقة مشروعة اذا ما قذف الرجل زوجته بالزنى وعجز عن البينة .

٥ ـ شروط اللعان :ـ

اذا قذف رجل زوجته فرفعت أمره الى القاضى وطالبته بموجب القذف وجب عليه اللعان ، ولكن لا بد لوجوبه من توفر الشروط الآتية :

---

(١) مسائل الخلاف حـ٢ ص١١٠ .

(١) قيام الزوجية الصحيحة بين القاذف ومن قذفها ، فيقع اللعان بين الرجل وزوجته ، ويقع بينه وبين مطلقته طلاقا رجعيا ما دامت فى عدتها ، لقيام زوجيتها . ولا لعان بين الرجل ومن عقد عليها عقدا فاسدا ، ولا بينه وبين معتدته من طلاق بائن باتفاق الحنفية والجعفرية ، الا أن الجعفرية أجازوا اللعان على نفي الولد بعد ابانة الزوجة ولو تزوجت من رجل آخر (١) . ولا فرق عند الحنفية بين المدخول بها وغير المدخول بها . والراجح من مذهب الجعفرية أنه لا لعان قبل الدخول ، وقيل يقع قبله ، وقيل يشترط الدخول لوقوعه بالقذف دون نفي الولد (٢) .

ومن قذف زوجته بزنى أضافه الى ما قبل الزوجية لاعن عند الحنفية، لانهم يعتبرون الوقت الذي وقع فيه القذف . وعند الجعفرية يقام عليه الحد ولا يلاعن ، لانهم يعتبرون الوقت الذي أضيف اليه الزنى (٣) .

(٢) أن يكون كل من الزوجين ــ عند الحنفية ــ حرا ، مسلما عاقلا ، بالغا ، ناطقا ، غير محدود فى قذف . واشترط الجعفرية البلوغ ، وكمال العقل فى الزوجين ، والسلامة من الصمم والخرس فى الزوجة خاصة ، فمن قذف زوجته وهي خرساء أو صماء فرق بينهما ولا تحل له أبدا (٤) . وأجازوا لعان الاخرس باشارته المفهومة ، ولا يشترطون الاسلام ، ولا الحرية ، ولا عدم الحد فى قذف على المشهور من مذهبهم .

(٣) عدم اقامة الزوج البينة على دعواه ، وزاد الجعفرية فى القذف بالزنى أن يضيفه الى مشاهدته .

(٤) أن تكون الزوجة منكرة لما رماها به زوجها .

---

(١) الاحكام الجعفرية ص٨٥ ، مسائل الخلاف حـ٢ ص ١١٢ .
(٢) المختصر النافع ص٢٣٥ .
(٣) مسائل الخلاف حـ٢ ص ١١٢ .
(٤) مسائل الخلاف حـ٢ ص١١١ .

(٥) أن تكون الزوجة عفيفة عن الزنى وشبهته ، وأجاز الجعفرية لعان غير العفيفة على نفى الولد خاصة •

(٦) أن يكون القذف بصريح الزنى أو بنفى الولد ، وزاد الجعفرية على ذلك قذفها برجل أصابها فى الموضع الآخر حراما ، لان اصابة غير الزوج لها فى أي من الموضعين فاحشة تستوجب حد الزنى عند الجعفرية •

٦ ـ حكم اللعان :ـ

اذا توفرت شروط اللعان فتلاعن الزوجان أمام القاضى ترتب على ذلك الاحكام الآتية :

(١) سقوط الحد عن كل من الزوجين باتفاق •

(٢) تقع الفرقة بين الزوجين بتفريق القاضى ان لم يطلق الزوج بعد الملاعنة ، وهذا مذهب ابي حنيفة وصاحبيه • وقال الجعفرية ـ وهو مذهب زفر ـ تقع الفرقة بمجرد تمام الملاعنة ، وحكم القاضى منفذ للفرقة لا غير • ومع هذا الخلاف فالكل مجمعون على أنه بمجرد تمام الملاعنة لا يحل استمتاع كل من المتلاعنين بالآخر ولو لم يفرق القاضى بينهما •

(٣) تعتبر الفرقة الحاصلة باللعان طلاقا بائنا عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يحل للملاعن أن يتزوجها بعد ذلك الا اذا كذب نفسه أو كان منه أو من الملاعنة ما يزيل أهلية الشهادة •

وذهب الجعفرية وأبو يوسف الى أن الفرقة باللعان فسخ يوجب الحرمة المؤبدة لقوله عليه الصلاة والسلام (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) •

(٤) اذا كان اللعان بنفي الولد انتفى نسبه منه ، ولا يكون بينهما من الحقوق والواجبات ما يكون بين الوالد وولده ، فلا توارث بينهما ، ولا نفقة لاحدهما قبل الآخر •••• ولكن يعامل الولد معاملة الابن فى بعض الاحكام احتياطا ، فاذا قتله الملاعن لا يقتل به للشبهة ، ولا يجوز أن

يعطى احدهما زكاته للاخر ، أو تقبل شهادته له ، وتثبت بينهما حرمة المصاهرة ، ولا يعتبر الولد مجهول النسب ، فان ادعاه غير الملاعن لا يثبت نسبه منه ، لاحتمال أن يكذب الملاعن نفسه فيلحق به ، وهذا مذهب الحنفية وبه قال الجعفرية الا فى باب الشهادة فقالوا تقبل شهادة الابن على أبيه الذى نفاه وتقبل شهادته له ، وفى باب القصاص حيث قالوا يجب على الاب القصاص بقتله الولد الذى نفاه وذلك لانهم يرون ان النسب لا يبقى متصلا بين الولد وأبيه الملاعن فى مثل هذه الحقوق التى تعود الى الملاعن أو تكون عليه «(١)» .

الباب الخامس

« فى : تطليق القاضى الزوجة على زوجها »

شريعة الاسلام شريعة عادلة ، فهي حين جعلت الطلاق بيد الزوج لاسباب ذكرناها فيما تقدم لم تنس أن المرأة قد يظهر لها فى حياتها الزوجية أو يطرأ عليها ما يعكر صفوها ، ويذهب بثمرتها ، فرفقا بها ، وانصافا لها جعلت لها حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها ، وأوجب على القاضى أن يسمع لشكاتها ، ويعمل على انصافها فيطلب من الزوج أن يفارقها بمعروف ، فان أبى طلق هو جبرا على الزوج، ليرفع عن الزوجة مايلحقها من ظلم لانه بحكم منصبه مكلف برفع المظالم عن الناس .

والاسباب التى تخول للزوجة حق طلب التفريق — على اختلاف فيها بين الفقها — هى ما يأتى :

١ — أن يكون بالزوج عيب يخل بالمقصود من الحياة الزوجية ٢ — أن يعسر بنفقتها ، أو يمتنع عنها مع يساره ، بغير مبرر شرعى ٣ — أن يضرها

---

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٨٧ . واعلم ان مذهب الجعفرية يرى قبول شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، والوالد على ولده ، ولا يرى قبول شهادة الولد على والده . انظر مسائل الخلاف حـ٢ ص٢٤٤ .

بالقول او بالفعل ٤ ـ أن يغيب عنها بلا عذر مدة تتضرر فيها ببعده عنها ٥ ـ أن يحبس مدة تخشى فيها على نفسها العنت والمشقة ـ وسنفرد لكل من هذه الاسباب فصلا على حدة •

الفصل الاول

« فى : التطليق لعيب الزوج »

اتفق الحنفية والجعفرية على أنه يثبت للزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها اذا كان فى الزوج عيب من هذه العيوب الثلاثة ١ ـ الجب ٢ ـ العنة ٣ ـ الخصاء «[1]» • واختلفوا فيما وراء ذلك من عيوب :

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف : الى أنه لا تفريق بغير العيوب الثلاثة المتقدمة ، لانها هى التى يفوت معها المقصود من الزواج فيجب التفريق اذا طلبته الزوجة انهاءً لزوجية لا ترجى ثمرتها ، ولا يتحقق المقصود منها • أما غير هذه العيوب فلا يفوت معها المقصود من الزواج بل هو متحقق فى الجملة ، فلا يصح التطليق الا من الزوج وحده •

وذهب محمد بن الحسن : الى أنه كما يفرق بأحد العيوب الثلاثة يفرق أيضا بالبرص ، وبالجذام ، وبالجنون ، لانها أمراض لا تستقيم معها الحياة الزوجية فهي تورث من النفرة ما يمنع القربان عادة فأشبهت الجب ونحوه •

وذهب الجعفرية : الى أنه يفرق بالجنون كما يفرق بأحد العيوب الثلاثة المتفق عليها •

ومن الفقهاء من زاد أمراضا أخرى تصلح سببا للتفريق ، واكثرهم توسعا فى ذلك الامام مالك ، وابن القيم رحمهما الله •

ومن الفقهاء من لايرى التفريق لعيب مطلقا وهم الظاهرية •

---

(١) الجب : استئصال عضو التناسل ، والعنة : عدم القدرة على اتيان النساء ، والخصاء : سل الخصيتين .

ولقد كان العمل بمصر والعراق على أنه لا يفرق بين الزوجين الا اذا كان الزوج مجبوبا أو غنيا ، أو خصبا ، ثم انتهى العمل فى كل منهما الى ما أخذ من مذهب محمد وغيره من الفقهاء المتوسعين فى هذه الناحية ، وهو : أنه يجوز التفريق بعيوب الزوج التى لا يرجى برؤه منها ، أو يرجى برؤه منها بعد زمن طويل لا يمكن للزوجة أن تبقى معه الا بضرر كالجنون ، والجذام ، والبرص والسل ، والزهرى ، وغيرها من الامراض الخبيثة التى تتعدى المريض الى غيره ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به .

شروط التفريق بالعيب :ـ

ويشترط للتفريق بالعيب ما يلى :

١ ـ أن تكون الزوجة بالغة قد تقدمت الى القاضى بطلب التفريق ، فان كانت صغيرة وطلب وليها التفريق لم يكن للقاضى أن يفرق بينها وبين زوجها لاحتمال رضاها بالعيب بعد بلوغها .

٢ ـ الا يكون منها ما يدل على رضاها بالعيب ، كأن تزوجته وهى عالمة بحاله ، أو تزوجته غير عالمة ثم علمت بعد ورضيت به صراحة أو دلالة ، كأن خيرها القاضى بين البقاء والفرقة فقامت من المجلس أو قام القاضى قبل أن تختار شيئا . ولا يدل على رضاها بالعيب سكوتها زمنا عن طلبها التفريق قبل المرافعة أو بعدها ، خلافا للجعفرية حيث يشترطون مطالبتها بالتفريق فور علمها بالعيب .

٣ ـ ألا يكون بها عيب يمنع من مخالطتها لان قيام العيب بها مانع من جهتها كقيام العيب به ، فلا يكون بامساكها ـ والحالة هذه ـ مضارا بها .

٤ ـ أن يكون العنين ومن فى معناه بالغا ، فان كان صبيا أمهل الى وقت البلوغ لعل عجزه عن المباشرة لصغره ، فاذا ما بلغ قدر عليها . فان بلغ ولم يقدر على المباشرة أمهله القاضى سنة على ما يأتى . والمجبوب الصغير لا يمهل الى البلوغ لعدم الفائدة من ذلك .

٥ ـ ألا يكون العنين ومن فى معناه قد وصل اليها فى هذا النكاح ، فان كان قد وصل اليها ولو مرة واحدة ثم عجزعنه بعد ذلك فلا حق لها فى طلب الفرقة ، لان حقها قضاءً أن يباشرها زوجها ولو مرة واحدة ، وقد استوفت حقها ، هكذا يرى الحنفية «١» والجعفرية «٢» .

واذا كان القضاء فى مصر والعراق قد انتهى الى أن المرض المستعصى أو المتعدى يصلح سببا للفرقة ولو كان طارئا ، فأولى ـ فيما أعتقد ـ أن تكون العنة الطارئة سببا للفرقة ان لم ترصد بها الزوجة لانها تتضرر بذلك فوق ما تتضرر من معاشرة زوج أبرص او أجذم .

وعلى ما تقدم فمن تزوجت من رجل ثم تبين لها أنه مريض مرضا لا يرجى برؤه منه ، أو يرجى برؤه ولكن بعد زمن طويل لا يمكنها المقام معه الا بضرر ، كان من حقها أن ترفع أمرها الى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها ، وكان على القاضى اذا ثبت مرض الزوج بشهادة أهل الرأي فى ذلك وهم الاطباء أن يأمر الزوج بتطليقها فى الحال ، فان طلق فبها ، والا طلق القاضى جبرا عليه ، منعا للضرر الذى يلحقها من البقاء معه .

ومن تزوجت من رجل تبين لها بعد العقد انه مجبوب كان لها ـ ان لم ترض به ـ أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبينه ، فان ثبت لدى القاضى بأي طريق من طرق الاثبات أنه مجبوب أمره بتطليقها فى الحال ولا يمهله لعدم الفائدة من امهاله ، فان أبى الزوج أن يطلق طلقها القاضى نيابة عنه ليرفع عنها ما يلحقها من ضرر .

ومن تزوجت من عنين أو خصي وهم لا تعلم حاله ، ثم تبين لها حاله بعد ذلك كان من حقها ـ ان لم ترض بالمقام معه ـ أن ترفع الامر الى القاضي ليفرق بينها وبين زوجها ، فان صدقها واعترف بأنه لم يصل اليها أجله القاضى سنة (قيل قمرية ، وقيل شمسية) ولا يفرق بينهما فى الحال لاحتمال أن يكون عجزه عن الوصول

---

(١) انظر البحر الرائق حـ٤ ص ١٢٤ .
(٢) انظر الاستبصار حـ٣ ص٢٤٩ ـ ٢٥٠ .

اليها لعارض يزول ، فمن الناس من يعتدل مزاجه وتنشط دواعى رغبته فى المرأة فى فصل دون فصل ، فاذا مرت به السنة ـ وهى مشتملة على الفصول الاربعة المختلفة ـ ولم يصل اليها علم أن به عيبا مستحكما ، وحينئذ ان اعادت الزوجة مطالبتها بالتفريق لعدم وصوله اليها واعترف الزوج بذلك طلق عليه القاضى ان لم يطلق ، ولا ينظره بعد ذلك ولا يوما واحدا ـ ان طلب ذلك ـ الا برضاها «[1]» .

أما اذا لم يصدقها الزوج فى دعوى عدم الوصول اليها ، وادعى هو انه خالطها ، فان كان قد تزوجها ثيبا كان القول قول الزوج مع يمينه لان الظاهر يشهد له وكذا لو تزوجها وهي بكر ثم ظهر بالكشف عليها أنها ثيب . وان ادعت انه ازال بكارتها بغير المخالطة وهو يدعى انه أزالها بالمخالطة كان القول قوله مع يمينه ، لان الاصل فى الانسان السلامة وهو ظاهر يشهد له.

وان كان قد تزوجها بكرا ثم ظهر بالكشف عليها أنها لا تزال على حالها أجله القاضى سنة فان عادت بعد مضيها مطالبة بالتفريق بدعوى أنه لم يصل اليها أعيد الكشف عليها ، فان ثبت انها ثيب كان القول قول الزوج مع يمينه ، وان ثبت أنها لا تزال بكرا فرق القاضى بينها وبينه . وعند الجعفرية لا يجب على القاضى أن يكلف أحدا بالكشف عليها ، بل له ذلك ، وله أن يحكم بيمين الزوج من دون احضاره نسوة للكشف عليها [2] .

هذا ـ ولا عبرة بتأجيل غير القاضى ، فمن أمهلته زوجته اعذارا له ثم خاصمته بعد ذلك طالبة الفرقة فى الحال لا يستجيب لها القاضى بل يمهله سنة غيرها .

ثم ان ابتداء السنة من وقت الخصومة الا اذا كان الزوج صغيرا ، أو مريضا ، او محرما فانها تبتدىء من حين بلوغ الصغير ، وشفاء المريض ، واحلال المحرم .

---

(١) انظر فتح القدير ح ٣ ص ٢٦٣ .
(٢) الاحكام الجعفرية ص ٧٧ .

ولا يحتسب من السنة مدة عجزه عن الاتصال بها لمانع من جهتها مطلقا كمرضها وسفرها ، أو لمانع من جهته لا اختيار له فيه كمرضه وحبسه ، أما ان كان المانع من جهته وباختياره كسفره ولو لحج فان مدة غيبته تحتسب من السنة ، لان هذا لا يعد عذرا له .

واذا ثبت العيب ولم يطلق الزوج ، هل يقع الطلاق باختيارها الطلاق دون توقف على حكم القاضى ، او لا يقع الا اذا أوقعه القاضى ؟ رأيان عند الحنفية ، الاول مروى عن أبى يوسف ومحمد ، والثانى مروى عن أبى حنيفة «١» . والفرقة على أي حال طلاق بائن ، لانها فرقة قبل الدخول حقيقة ، ولان رفع الضرر لا يتحقق الا بالطلاق البائن ، ولو كان رجعيا لامكنه أن يراجعها بدون عقد فيبقى الضرر . ويجب للزوجة كمال المهر ، وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة «٢» .

ويرى الجعفرية أن للمرأة أن تستقل بالفرقة ، فان كانت هناك مدة مضروبة فانقضت والزوج لا يزال على حاله كان لها أن تستبد بالفرقة دون مراجعة الحاكم ، والفرقة عندهم فسخ لا طلاق «٣» .

الفصل الثانى

« فى : التطليق لعدم الانفاق »

لا يجيز مذهب الحنفية ولا مذهب الجعفرية التفريق بين المرأة وزوجها لعدم الانفاق عليها سواء أكان عدم الانفاق لاعسار الزوج أم لامتناعه عن النفقة مع يساره، لان الزوج ان كان معسرا فالواجب نظرة الى ميسره ، والله تعالى يقول (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما

---

(١) أنظر فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٦٩ .
(٢) البحر الرائق حـ٤ ص ١٢٤ .
(٣) الاحكام الجعفرية ص٧٦ .

أتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا) ، والمعسر ما آتاه الله شيئا حتى يكلفه بالانفاق على زوجته منه ، فلم يكن من قبله ما يستوجب تطليق زوجته عليه ، وعلى الزوجة أن تنظره الى أن يبدل الله عسره يسرا ، ولا ضرر فى ذلك عليها، لانها تؤمر باستدانة نفقتها على زوجها وعلى من تجب عليهم نفقتها — لو لم تكن متزوجة — اداتها ديانة وقضاءً .

وان كان الزوج موسرا وامتنع عن نفقة زوجته فان كان له مال ظاهر بيع ماله للانفاق منه عليها ، وان لم يكن له مال ظاهر حبس حتى ينفق ، واذا لم يتعين التفريق رافعا لظلم الزوج زوجته حتى نلجأ اليه وهو أبغض الحلال الى الله .

قالوا : ويؤيد ماذهبنا اليه أنه كان فى الصحابة معسرون كثيرون ولم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالتفريق بين رجل وزوجته لعدم انفاقه عليها .

هذا مذهب الحنفية والجعفرية وهذه وجهة نظرهم فى المسألة .

أما الائمة الثلاثة (مالك ، والشافعى ، وابن حنبل) فقد ذهبوا الى ان للزوجة حقا فى طلب التفريق لعدم الانفاق عليها ، وعلى القاضى متى ثبت لديه صحة دعواها أن يفرق بينها وبين زوجها رفعا للضرر عنها .

والائمة الثلاثة يتفقون على هذا المبدأ،ويختلفون فى التفصيل،ويستدلون على ما ذهبوا اليه بأدلة :

منها : أن الله تعالى يقول « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ومع عدم الانفاق لا يكون الزوج ممسكا بمعروف ، بل يكون ظالما وعليه رفع ظلمه عن الزوجة بتطليقها ، فان امتنع فرق القاضى بينهما لانه تعين رافعا لظلم محقق .

ومنها : أنه من المتفق عليه أن القاضى يفرق بين الزوج وزوجته اذا ثبت أن بالزوج عيبا جنسيا كالعنة وطلبت الزوجة التفريق ، وما ذلك الا لرفع

الضرر عنها ، وفى عدم الانفاق ضرر محقق ، وهو أشد عليها مما ذكر ، فكان التفريق بسببه أولى وألزم .

ومنها : أن أبا الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على زوجته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم ، قلت له : سنة ؟ قال : سنة وقوله سنة ينصرف الى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولئن كان هذا الاثر فمراسيل سعيد بن المسيب يحتج بها عند كثير من الفقهاء «[1]» .

قالوا : وقد ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد فى رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .

وأنت ترى أنه لا نص من قرآن أو سنة صحيحة يصرح بجواز التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق ، والادلة لكل من الفريقين يمكن مناقشتها .

وأيا ما كان الامر فقد كان العمل جاريا فى مصر والعراق على ما ذهب اليه الحنفية والجعفرية من أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق .... ولكن ترك العمل بهذا المذهب وأخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة لانه أوسع من غيره ــ وتفصيل ما استقر عليه العمل هو :

أن الزوج اذا لم ينفق على زوجته ، وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك ، فينظر ، هل للزوج مال ظاهر ، أو ليس له مال ظاهر ؟ فان كان له مال ظاهر استوفت الزوجة نفقتها منه بأي طريق من طرق الاستيفاء ، ولا تجاب الى طلبها ، لان حقها فى النفقة لم يفت ، ولا فرق فى هذا بين كون الزوج حاضرا أو غائبا .

وان لم يكن للزوج مال ظاهر ، فاما أن يكون حاضرا ، وأما أن يكون غائبا ، فان كان حاضرا وثبت اعساره بدعواه ومصادقة الزوجة ، أو بينة

---

(١) فرق الزواج للشيخ الخفيف ص ٢٩١ .

امهله القاضى مدة لا تزيد على شهر ، فان أنفق فيها ، وان لم ينفق طلق القاضى عليه .

وأن كان حاضرا ولم يثبت اعساره ، بأن أقر بيساره ، أو سكت عن بيان حاله من يسار أو اعسار ، أو ادعى الاعسار وعجز عن البينة ولم تصادقه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال ولا يمهله كما فى الصورة السابقة ، لانه حيث لم يثبت اعساره كان ظاهرا حاله أنه متعنت فى عدم الانفاق فلا فائدة من امهاله . أما فى الصورة السابقة فقد ثبت اعساره فلم يكن متعنتا لانه ما امتنع عن الانفاق الا لعسره ، وليس يشق على الزوجة أن تنتظر مدة قصيرة قد يبدل الله فيها عسر زوجها يسرا .

وان لم يكن للزوج مال ظاهر وكان غائبا فان كانت غيبته قريبة بحيث يمكن الاتصال به ، أعذر اليه القاضى وذلك بأن يرسل اليه كتابا أو رسولا ويضرب لها أجلا «١» ليحضر بنفسه للانفاق على زوجته أو يرسل لها نفقتها ، فان حضر وأنفق عليها ، أو أرسل لها النفقة فبها ، والا طلق عليه القاضى بعد مضى الاجل والتأكد من وصول الاعذار اليه .

وحكم المسجون الذى ليس له مال ظاهر حكم الغائب غيبة قريبة اذا طلبت زوجته تطليقها منه لعدم الانفاق عليها .

وان كانت غيبة الزوج بعيدة بحيث لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول الحال ، أو مفقودا ، وثبت ما تدعيه الزوجة من عدم انفاقه عليها طلق عليه القاضى فى الحال بدون اعذار ولا امهال «٢» .

---

(١) حدد القانون المصرى الاجل بمدة أقصاها تسعة أيام .

(٢) ذهب الجعفرية الى ان زوجة المفقود لا خيار لها ان عرف خبره او كان له ولى ينفق عليها ، فان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين ، فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم اباحها النكاح، فان جاء فى العدة فهى زوجته ، وان خرجت من عدتها وتزوجت فلا سبيل له عليها المختصر النافع ص٢٢٥ .

هذا . وان الطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب عدم الانفاق يكون رجعيا اذا كان بعد الدخول ، ويجوز للزوج أن يراجع زوجته ما دامت فى عدتها اذا ثبت يساره وأظهر استعداده للانفاق عليها ، وبغير ذلك لا تصح الرجعة لقيام سبب التطليق .

الفصل الثالث

« فى : التفريق للضرر »

المراد بالضرر هو ايذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ، كالضرب المبرح، والشتم المقذع ، والهجر بغير سبب ، وحملها على ارتكاب محرم ، والعمل على ابتزاز مالها .

ومذهب الحنفية والجعفرية لا يجيز التفريق بناءً على طلب الزوجة لشىء من ذلك ، وانما على القاضى اذا ثبت لديه دعوى الزوجة ايذاء الزوج لها أن يحضر الزوج وينهاه عما يفعل بزوجته ، ويأمره بحسن العشرة ، فان امتثل فبها ، وان استمر على ايذائه اياها عزره بما يراه رادعا له ، كالشتم ، والضرب ، والحبس .

وعلى هذا جرى العمل ولا يزال يجرى الى الآن فى العراق .

أما فى مصر فقد كان العمل على هذا أيضا الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيه ما يأتى :

« المادة السادسة » — اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، وقضى على الوجه المبين بالمواد : (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١).

« المادة السابعة » — يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين أن امكن ، والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما .

« المادة الثامنة » — على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح ، فان أمكن على طريقة معينة قرراها .

« لمادة التاسعة » — اذا عجز الحكمان عن الاصلاح ، أو كانت الاساءة من الزوج ، أو منهما ، أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

« المادة العاشرة » — اذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

« المادة الحادية عشرة » — على الحكمين أن يرفعا الى القاضى ما يقررانه، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

والاصل فى التحكيم عند المشاقة بين الزوجين قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا » .

وما استقر عليه العمل فى مصر بمقتضى القانون المذكور مأخوذ من مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، والعمل به — اذا استحكم الشقاق بين الزوجين وتعذر الوفاق ، وتمادى الزوج فى عدوانه وأصر على عدم الطلاق — أولى من الجمود على مذهب الحنفية والجعفرية ، لان فى الناس من يتمادى فى عدوانه على زوجته ولا يرده زجر ، ولا ينفع معه تعزير .

الفصل الرابع

« فى : التطليق لغيبة الزوج »

اذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها ، وتخشى على نفسها الفتنة لم يكن لها عند الحنفية والجعفرية حق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها، لعدم قيام ما ينبنى عليه التفريق فى نظرهم . وعلى هذا لا يزال العمل يجرى فى العراق ، وقد وقعت محاولة تشريعية للعمل بغير هذا المذهب ولكنها محاولة لم يقدر لها أن تظهر الى حيز التنفيذ ، فقد وضعت لائحة للاحوال

الشخصية للعمل بها فى المحاكم الشرعية العراقية،ولكنها معطلة الى يومنا هذا، وقد جاء فى الفقرة الاولى من المادة ٧١ من هذه اللائحة ما نصه :

« اذا ترك الزوج مالا وتغيب وطلبت الزوجة التفريق يقوم القاضى بالتحقيقات اللازمة بحقه ، فاذا حصل يأس من أخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك أربع سنوات اعتبارا من تاريخ اليأس ، وان لم يكن أخذ خبر عنه خلال هذ هالمدة وأصرت الزوجة على الطلب فرق بينهما » .

وجاء فى الفقرة الثانية من المادة نفسها ما نصه :

« ذا كانت غيبة الزوج فى دا رحرب يحكم القاضى بالتفريق بعد مرور سنة من عودة المتحاربين واسرائهم الى أوطانهم دون أن يظهر عنه خبر » .

أما فى مصر فقد ترك العمل بمذهب الحنفية الى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيه :

«المادة الثانية عشرة» اذا غاب الزوج سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضى تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

« المادة الثالثة عشرة » — ان أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له أجلا وأعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها ، فاذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضى بينهما بتطليقه بائنة ، وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضى عليه بلا عذر وضرب أجل «[1]» .

---

(١) نصت المذكرة الايضاحية على ان هذا الحكم مأخوذ من مذهب الامام مالك رضى الله عنه ، ولكن مذهب مالك لا يشترط لجواز التفريق أن تكون الغيبة لغير عذر مقبول بل عنده يجوز التفريق سواء أكانت الغيبة لعذر مقبول أم لعذر غير مقبول اذا طلبت الزوجة ذلك ، فمن سافر لتجارة ، أو ندب لسفارة ، أو رحل لطلب علم وترك زوجته ولم يستطع نقلها اليه كان ذلك من مبررات طلبها للفرقة ان شق عليها غيابه ولم تأمن على نفسها الفتنة . والحق ان القانون فى اشتراطه لجواز التفريق كون الغيبة لعذر غير مقبول يوافق مذهب الحنابلة لانهم هم الذين يفرقون بين العذر المقبول والعذر غير المقبول .

الفصل الخامس

« فى : التطليق لحبس الزوج »

مذهب الحنفية والجعفرية لا يرى جواز التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج مدة تتضرر بها الزوجة ، وعلى هذا يجرى العمل فى العراق الى يومنا هذا ، وقد حاول المشرع العراقى العدول عن هذا المذهب الى رأي راه أوفق وأرفق بالمرأة ، وهو ما جاء فى الفقرة الثالثة من المادة ٧١ من لائحة الاحوال الشخصية للمحاكم العراقية ، ونصها :

« لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة سبع سنين فأكثر أن تطلب الى القاضى التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

وقد علمت أن هذه اللائحة لم يعمل بها ، وأنها لا تزال معطلة الى اليوم.

اما فى مصر فقد عدل عن مذهب الحنفية الى ما جاء فى المادة الرابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب من القاضى بعد مضى سنة «[1]» من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

وهذا الحكم مستمد من مذهب الامام مالك رضى الله عنه .

الباب السادس

« فى : الفرقة بسبب الردة »

الردة هى ترك المسلم أو المسلمة دين الاسلام الى دين اخر،أو الى غير دين

---

(١) السنة التى ضربها المشرع المصرى اقصى الاجل لغيبة الزوج أو حبسه بالفعل هى السنة الشمسية وهى ٣٦٥ يوما ، وقد نص على ذلك فى المادة ٢٣ من القانون المذكور حيث قال : « المراد بالسنة فى المواد من (١٢ الى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما » .

والردة من الاسباب التى تقع بها الفرقة بين الزوجين من تلقاء نفسها دون توقف على حكم القاضى ، باتفاق الحنفية والجعفرية ، مع خلاف يسير فى بعض الجزئيات ، واليك التفصيل :

أولا — اذا ارتد أحد الزوجين دون الاخر :

يرى الحنفية : أنه اذا ارتد الزوج وحده وقعت الفرقة بين الزوجين فى الحال دون توقف على قضاء القاضى ، سواء أكانت الزوجة مسلمة أم كتابية . وتعتبر الفرقة فسخا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله،وعند محمد رضى الله عنه تعتبر طلاقا .

واذا ارتدت الزوجة وحدها انفسخ النكاح فى ظاهر المذهب ، وتجبر الزوجة على الاسلام ، وعلى تجديد عقد النكاح بمهر يسير حتى لا يتهيأ للمرأة التى تريد الخلاص م نزوجها الخلاص عن طريق الردة ، وعلى هذا جرى مشايخ بخارى وأفتوا به ،وأفتى مشايخ بلخ وسمرقند بعدم وقوع الفرقة بردة الزوجة معاملة لها بنقيض مقصودها .

ويرى الجعفرية : أنه اذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام انفسخ النكاح بلا توقف على القضاء ، غير انه اذا كانت الردة قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال ، وان كانت الردة بعد الدخول توقفت الفرقة الى انقضاء العدة، فان انقضت ولم يعد المرتد الى الاسلام انفسخ النكاح منذ ارتد ، وان عاد الى الاسلام فى أثناء العدة بقى النكاح على حاله الا اذا كان المرتد هو الزوج وكان مولودا على فطرة الاسلام حيث ينفسخ النكاح فى الحال ، وقعت الردة قبل الدخول أو بعده «١» .

وتجبر الزوجة المرتدة — عند الجعفرية — على الاسلام ، ولا تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير بعد ما بانت «٢» .

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٧٨ مادة ٣٠٣ .
(٢) الاحكام الجعفرية ص ٧٨ مادة ٣٠٤ .

ثانيا ـ اذا ارتد كلا الزوجين :

يرى الحنفية : أنه اذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب ولم يعلم الاسبق منهما ثم أسلما كذلك فالنكاح باق على حاله دون حاجة الى عقد جديد •

واذا ارتدا على التعاقب وعرف الاسبق منهما ردة ، أو ارتدا معا ثم عادا الى الاسلام على التعاقب وعرف الاسبق منهما فى العود انفسخ النكاح ويفرق بينهما فى الحال •

ويرى الجعفرية : أنه اذا ارتد الزوجان معا أو على التعاقب بعد الدخول ولم يعلم الاسبق منهما ثم أسلما كذلك فى العدة يبقى النكاح قائما بينهما ، وانما يفسد اذا كان قبل الدخول الا اذا كان ارتداد الزوج عن فطرة فتحصل البينونة فى أول زمن الردة ولو بعد الدخول «[1]» •

واذا ارتدا على التعاقب وعرف الاسبق ردة ، أو ارتدا معا ثم عادا الى الاسلام على التعاقب وعرف الاسبق عودا فالحكم عين الحكم فيما لو ارتد احدهما دون صاحبه •

هذا ـ ومن أقرت على دين سماوى ثم ارتدت عنه الى غير دين أو الى دين غير سماوى فحكمها حكم من ارتدت عن الاسلام باتفاق •

ومن اقرت على دين سماوى كاليهودية ثم ارتدت عنه الى دين سماوى اخر كالنصرانية لا تعتبر مرتدة عند الحنفية ، وتعتبر مرتدة ويفسخ النكاح عند الجعفرية وهو أصح القولين عند الشافعية ، لكن اذا أسلمت قبل انقضاء العدة فان النكاح يبقى على حاله •

والفرقة بسبب الردة لا توجب حرمة مؤبدة فمن عاد الى الاسلام بعد ما ارتد وبانت منه زوجته جاز له أن يجدد نكاحها ، انقضت عدتها أو لم تنقض ما لم تحرم عليه بسبب اخر حرمة مؤبدة أو مؤقتة •

••• وبعد فهذه هى أهم فرق الزواج عرضنا لها بتفصيل ، وهناك فرق

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٥٠٨ مادة ٣٠٥ .

أخرى لم نفرد لها بحوثا مستقلة اكتفاءً بما ذكرناه عنها فى مواضع مختلفة تقدمت ، وذلك كالفرقة بسبب اباء الزوج عن الاسلام وقد أسلمت زوجته، والفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج ، والفرقة لكون المهر أقل من مهر المثل ، والفرقة بسبب خيار البلوغ أو الافاقة ، والفرقة بسبب طروء مايوجب حرمه المصاهرة ، وغير ذلك من الفرق التى ترد على عقد الزواج .

وهناك فرقة اخرى ليست فسخا ولا طلاقا ، وانما هى فرقة بالابدان ، على معنى أن الزوجية معها قائمة ولكن يحرم فيها ما يكون عادة بين الرجل وزوجته الى أن يوجد ما يرفع التحريم وهو الكفارة ، وهذه الفرقة تكون بسبب الظهار وهو ما نعرض له فى الباب التالى .

الباب السابع

« فى : الظهار »

١ ــ تعريفه ٢ ــ ركنه ٣ ــ شروطه ٤ ــ حكمه .

١ ــ تعريف الظهار :ــ

الظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد ، أو بجزء منها لايحل نظره اليه ، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمي

٢ ــ ركنه :ــ

وركن الظهار هو الصيغة التى تدل على تشبيه الرجل زوجته فى حرمتها عليه بمن هى محرمة عليه تأبيدا ، أو لمصاهرة ، أو لرضاع .

٣ ــ شروطه :ــ

ويشترط لصحة الظهار ما يلى :

أولا ــ أن يكون المظاهر زوجا ، بالغا ، عاقلا مسلما .

ثانيا ــ أن تكون المظاهر منها زوجة قد انعقد زواجها صحيحا نافذا ، فيصح الظهار من المعتدة من طلاق رجعى لقيام زوجيتها ، ولا يصح من المعتدة من طلاق بائن ، ولا من المعقود عليها عقدا فاسدا ، ولا من المعقود

عليها عقدا صحيحا غير نافذ ، لانهن حرام عليه فعلا فلا يكون للظهار منهن معنى اللهم الا اذا كان مجرد الاخبار عن الواقع .

ثالثا — أن تكون المرأة التى شبه بها زوجته محرمة عليه على جهة التأبيد تحريما مجمعا عليه ، فان شبهها بمحرمة عليه تأبيدا عند فريق من الفقهاء دون فريق ، كأم من زنى بها ، أو كبنته من الزنى لم يكن ذلك ظهارا على المعتمد من مذهب الحنفية.

ويشترط الجعفرية فى الظهار : أن يسمع نطق المظاهر شاهدا عدل . وفى صحة الظهار مع الشرط روايتان عنهم أشهرهما الصحة . ويشترطون فى المظاهر : الاسلام ، والبلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد . وفى المظاهر منها : قيام زوجيتها حقيقة أو حكما ، وأن تكون فى طهر لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضرا ومثلها تحيض . وفى اشتراط الدخول تردد ، المروى الاشتراط . وفى وقوعه بالمتمتع بها قولان أشهرهما الوقوع «[1]» .

٤ — حكم الظهار :—

كان الرجل فى الجاهلية اذا أراد أن يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالمواضع التى لا يطلع عليها من أمه كالفخذ ، والظهر ، والبطن ، والفرج ، ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن فى الذكر ولا أستر من الظهر مع اصابة المعنى الذى أرادوه فاستعملوه دون غيره ، ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت : كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته فى بعض ما أمرنى به فقال : أنت على كظهر أمى ، ثم خرج فجلس فى نادى قومه ،ثم رجع الى فراودنى عن نفسى فقلت : والذى نفس خولة بيده لاتصل الى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله فى ذلك فوقع على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيرانى فأخذت ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لى : زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى اليه ، فجعلت أشكو الى الله ما أرى

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٩ .

من سوء خلقه ، فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحى ، فلما سرى عنه قال : أنزل الله فيك وفى زوجك بيانا ، وتلا قوله تعالى « قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن امهاتهم ان اماتهم الااللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعلمون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فأطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم » ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مريه فليعتق رقبه ، فقلت : لا يجد ذلك يارسول الله ، ثم قال : مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت : هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال مريه فليطعم ستين مسكينا ، فقلت : ما عنده شيء يارسول الله ، فقال : انا سنعينه بعرق «[1]» ، فقلت : وأنا أعينه بعرق أيضا ، فقال : افعلى واستوصى به خيرا «[2]» .

ومن هذا تعلم أن حكم الظهار فى الاسلام غير ما كان عليه فى الجاهلية ، فمن ظاهر من زوجته لا يعتبره الشارع مطلقا لها ، وانما يعتبره عابثا بالحياة الزوجية ، وظالما لزوجته حيث أراد الكيد لها ، وجزاؤه على ذلك أنه لا يحل له قربانها والاستمتاع بها ، ولا يحل لزوجته تمكينه من ذلك حتى يكفر عن خطيئته بعتق رقبة مؤمنة أو غير مؤمنة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ، يغديهم ويعشيهم مع اشباعهم أو يدفع لهم قيمة ذلك . وقال الجعفرية لا يجوز دفع القيمة (٣) . فان هو كفر حلت له زوجته ، وان امتنع عن التكفير ألزمه به القاضى دفعا

---

(١) المراد عرق من تمر ، والعرق بالراء المفتوحة زنبيل يسع ثلاثين صاعا على الاصح — فتح القدير حـ٣ ص ٢٤١ .

(٢) العناية « هامش فتح القدير » حـ٣ ص٢٢٦ .

(٣) مسائل الخلاف حـ٢ ص١٠٩ .

للضرر عن الزوجة وذلك بأن يحبسه أو يضربه حتى يكفر أو يطلق . وقال الجعفرية : اذا رفعت الزوجة أمرها الى القاضى أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة ، وعند انقضائها يضيق عليه حتى يكفر أو يطلق «١» .

الباب الثامن

« فى : العدة »

١ ــ تعريفها ٢ ــ سببها ٣ ــ حكمة مشروعيتها ٤ ــ أنواعها ٥ ــ تحول العدة من نوع الى نوع ٦ ــ عدة من تزوجها مطلقها وهى فى عدتها ثم طلقها ٧ ــ تداخل العدتين ٨ ــ مبدأ العدة ونهايتها ٩ ــ ما يجب على المعتدة وما يجب لها .

١ ــ تعريف العدة :ــ

العدة لغة : الاحصاء ، تقول : عددت الشىء عدة اذا أحصيته احصاء ، وتطلق العدة ويراد منها المعدود .

وشرعا : مدة يلزم المرأة تربصها عقب الفرقة لانقضاء ما بقى من اثار النكاح أو شبهته .

فمن وجبت عليها العدة وجب عليها ان تنتظر ولا تتزوج بغير زوجها الاول «٢» فاذا انقضت عدتها انقضت العلائق بينها وبين زوجها ، وحل لها أن تتزوج بعده من تشاء .

وليس على الرجل أن يتربص مدة العدة التى تتربصها مطلقته ويمتنع فيها عن الزواج الا اذا كانت من يريد الزواج بها محرمة عليه لمانع مؤقت وذلك كمن طلق زوجته وأراد الزواج من أختها فانه لا يجوز له ذلك الا بعد مضى عدة مطلقته لئلا يكون جامعا بين أختين ، ومن كان متزوجا من أربع نسوة

---

(١) المختصر النافع ص٢٣٠ .

(٢) الا اذا كانت مطلقة ثلاثا فانها لا تحل فى العدة لزوجها ولا لغيره .

فطلق احداهن فليس له أن يتزوج غيرها حتى تنقضى عدتها لئلا يكون جامعا بين أكثر من أربع (١) •

٢ ـ سببها :ـ

وتجب العدة لاسباب مختلفة وهى :

أولا ـ وفاة الزوج قبل الدخول أو بعده اذا كان عقد الزواج صحيحا ، فان كان العقد فاسدا فلا تجب العدة الا اذا حدث دخول حقيقى •

ثانيا ـ حدوث مفارقة فى نكاح صحيح بسبب طلاق أو فسخ بعد الدخول الحقيقى أو بعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة عند الحنفية ، وبعد الدخول الحقيقى فقط عند الجعفرية •

ثالثا ـ حدوث مفارقة فى نكاح فاسد أو وطء بشبهة بعد الدخول الحقيقى عند الحنفية والجعفرية •

٣ ـ حكمة مشروعيتها :ـ

وقد شرعت العدة لحكم كثيرة منها : التعرف على براءة الرحم من الحمل حتى لا تختلط الانساب •

ومنها : تمكين الزوجة من الحداد واظهار أسفها وحزنها على وفاة زوجها ، وهذا ضرب من الوفاء له اذ ليس من المروءة ولا من عرفان لجميل زواج المرأة اثر وفاة زوجها ولو قبل دخوله بها ، كما أنه ليس من اللائق بامرأة اقترنت برجل وارتبطت بأهله برابطة المصاهرة أن تنعم بحياة زوجية جديده فى وقت لايزال فيه أهل زوجها المتوفى فى حزن عليه •

ومنها : أن الشارع أراد من وراء العدة أن يهىء للمطلق فرصة ، ويجعل أمامه متسعا من الوقت لعله يراجع فيه نفسه ويندم على تسرعه بالطلاق فيراجع زوجته بلا عقد ولا مهر ان كان قد طلقها رجعيا وعدتها لا تزال

---

(١) تقدم أن الشافعية والجعفرية يجيزون للرجل أن يتزوج من اخت من طلقها بائنا قبل مضى عدتها ، وكذا من خامسة بعد ما ابان الرابعة وهى فى عدتها . انظر ص ٨٥ ، ٨٨ من الكتاب .

باقية ، أو يعيدها الى عصمته بعقد جديد ومهر جديد وهي فى العدة ان كان قد طلقها طلقة بائنة وليس ذلك لاحد غيره . أما بعد العدة فهو والاجنبي سواء فى طلب الزواج منها وربما فضلت الاجنبى عليه ولا يملك منعها من ذلك .

وحكمة أخرى وراء ذلك كله ، وهي التنويه بخطر الزواج وعظم شأنه ، فاذا ما انتهت زوجية امرأة فلا تقدم على زوجية جديدة الا بعد مضى مدة يكون فيها التبصر والتروي ، وحاجة المرأة الى التبصر والتروي فى الزواج جلية واضحة لان عصمتها بيد زوجها لا بيدها ، فاذا ما تسرعت وظهر خطؤها عجزت عن مفارقة زوجها ، أما الرجل فأمر الطلاق بيده ، ويستطيع الخلاص من الزوجة التي لا تلائمه حيث شاء ، فلم يكن بحاجة الى مدة مضروبة شرعا يتروى فيها قبل ما يقدم على الزواج .

٤ — أنواع العدة :—

وأنواع العدة ثلاثة : (١) عدة بالاقراء (٢) عدة بالاشهر (٣) عدة بوضع الحمل — واليك بيان كل منها :

أولا — العدة بالاقراء :

الاقراء جمع قرء ، والقرء لفظ مشترك بين معنيين ، فهو يطلق لغة على الحيض وعلى الطهر ، وقد جاء فى بيان عدة المطلقات قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولفظ القروء فى الآية يحتمل كلا المعنيين ، ولهذا اختلف الصحابة ومن بعدهم فى المراد منه ، فذهب فريق الى أن المراد من القروء فى الآية الحيض ، واختاره الحنفية والحنابلة ، وذهب فريق اخر الى ان المراد من القروء فيها الطهر ، واختاره المالكية والشافعية والجعفرية ، ولكل من الفريقين أدلة لا نطيل بذكرها (١) .

---

(١) راجع كتب التفسير عند شرحها للاية ، وراجع فتح التقدير حـ ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها .

ومقدار العدة بالاقراء ثلاثة قروء كما هو نص الآية السابقة ، وبناء على الخلاف فى معنى القرء ذهب الحنفية الى أنه لا بد لانتهاء العدة من ثلاث حيضات كوامل بعد الفرقة ، فمن طلقت للبدعة وهي حائض لا تحتسب الحيضة التى طلقت فيها ، بل لا بد من ثلاث حيضات كوامل تستأنفها بعد طهرها من الحيض الذي طلقت فيه .

وذهب الجعفرية الى أنه لا بد لانتهاء العدة من ثلاثة أطهار يحتسب منها الطهر الذي وقعت فيه الفرقة ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة ، فمن طلقت أثناء طهرها احتسب ذلك الطهر من عدتها ولا بد من طهرين كاملين غيره، فاذا رأت الدم الثالث انتهت عدتها بمجرد رؤيته وحلت للازواج .

والعدة بالاقراء تكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة اذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا .

والمرأة المدخول بها دخولا حقيقيا بناء على عقد فاسد أو شبهة اذا فارقها من دخل بها أو مات قبل مفارقتها تعتد بثلاثة قروء أيضا اذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا .

ثانيا ــ العدة بالاشهر :

والعدة بالاشهر نوعان : نوع الاشهر فيه بدل عن الاقراء ، ونوع الاشهر فيه أصل لا بدل .

فالنوع الاول وهو العدة بالاشهر التى هى بدل عن الاقراء : يكون لمن فارقها زوجها بعد الدخول بسبب من أسباب الفرقة غير الوفاة ، وكانت لا تحيض لصغر أو لبلوغها سن اليأس (١) أو بلغت بالسن وهو خمسة عشر

---

(١) وسن الاياس مختلف فيه بين الفقهاء فمن الحنفية من قدره بخمسين سنة ، ومنهم من قدره بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى عندهم . وعند الجعفرية سن الاياس للقرشيات ستون سنة ، ولغير القرشيات خمسون . والمالكية يبلغون بسن الاياس الى السبعين . والحق ان سن اليأس يختلف باختلاف النساء واختلاف البيئة ، وتقدير سن معينة له مبنى على استقراءات ناقصة .

يوما ولم تحض قط ولم تكن حاملا ، فمن هذا شأنها تعتد بثلاثة أشهر لقوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن) .

وانما كانت الاشهر ثلاثة لانها قائمة مقام ثلاث حيضات اذ هي بدل عنها ، والغالب ان المرأة ترى العادة فى كل شهر مرة ، فثلاث حيظات فى ثلاثة أشهر ، فاذا لم يكن حيض لسبب من الاسباب المتقدمة فمدة ثلاث حيضات كافية .

ويرى الجعفرية ان العدة بالاشهر الثلاثة تكون لمن لا تحيض خلقة ، أو لرضاع أو مرض أو غيرهما وهي فى سن من تحيض ولم تكن حاملا اذا كانت الفرقة بعد الدخول لسبب غير الوفاة ، أما التى لا تحيض لصغر ، أو لكبر تحقق معه بلوغها سن اليأس فلا عدة عليها مطلقا غير عدة الوفاة ان مات عنها زوجها .

ولا بد ــ باتفاق الحنفية والجعفرية ــ من أن تكون الاشهر الثلاثة كاملة واذا ابتدأت العدة من أول الشهر تعتبر الاشهر بالاهلة ولو نقص بعض الاشهر عن ثلاثين يوما ، واذا ابتدأت العدة فى أثناء الشهر احتسبت بالايام تعين يوما كاملة فى رأي ابي حنيفة ، وذهب أبو يوسف ومحمد والجعفرية الى أنه يحتسب الشهران المتوسطان بالاهلة ، وتكمل عدة الشهر الاول ثلاثين يوما من الشهر الرابع .

والنوع الثانى وهو العدة بالاشهر التى هي أصل لا بدل : يكون لمن توفى عنها زوجها بعد عقد صحيح ولو قبل الدخول ولم تكن حاملا ، سواء أكانت من ذوات الحيض أم لم تكن ، وهذه تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) . واعتبار الاشهر هنا بالاهلة أو بالايام يجري فيه التفصيل والخلاف السابق .

وانما كانت الاشهر هنا اربعة وعشرة ايام ، لان هذه المدة أقصى ما تتحمله

الزوجة عادة فى البعد عن الازواج ، وهي أيضا المدة التي يتبين فيها بوضوح كون المرأة حاملا أو غير حامل .

ثالثا ـ العدة بوضع الحمل :

يرى الحنفية ان المرأة الحامل مطلقا عدتها بوضع حملها ، سواء أكانت الفرقة عن طلاق أم عن فسخ ، أم عن وفاة ، وسواء أكان الحمل نتيجة زواج صحيح ، أم زواج فاسد ، أم وطء بشبهة (١) وذلك لعموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ، وعلى هذا فمن وضعت حملها بعد الفرقة ولو بلحظة فقد انتهت عدتها وحلت للازواج ولو لم تطهر من نفاسها ، وليس عليها عدة وفاة ، ويشهد لهذا ما صح عن أم سلمة من أن سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفات زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حللت فانكحى من شئت ، ومثل هذا الحديث يخصص عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) .

ويرى الجعفرية : أن الحامل التى فارقها زوجها لغير وفاة تعتد بوضع حملها ، فلو وضعته بعد لحظة من مفارقته انتهت عدتها وحلت للازواج .

أما الحامل التى مات عنها زوجها فانها تعتد بأبعد الاجلين (عدة الوفاة وعدة وضع الحمل) فان وضعت قبل أربعة أشهر وعشرة أيام فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة . وان مضت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تضع فعدتها لا تنتهى الا اذا وضعت حملها ـ وما ذهب اليه الجعفرية مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما ، وذلك عملا بعموم الآيتين وهما قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ، ولعل عليا وابن عباس لم يبلغهما حديث أم سلمة الذى أخذ به الحنفية ،

---

(١) تقدم الكلام عن الحامل من الزنى من ناحية العدة والعقد عليها والدخول بها فراجع ص ٨٣ ـ ٨٤ من الكتاب .

هذا ويشترط الحنفية والجعفرية فى الحمل الذى تنتهى العدة بولادته أن يكون قد أستبان خلقه أو بعض خلقه، سواء أولد حيا أم ميتا، فان لم يستبن شيء من خلقه بأن وضعت علقة أو مضغة غير مخلقة فلا يعتبر ذلك حملا ولا تنتهى بـه العـدة .

٥ ــ تحول العـدة من نوع الى نوع :ــ

قد تبتدىء المرأة عدتها بنوع معين ، ثم يتغير حالها فيتغير نوع عدتها تبعا لذلك، فامرأة تعتد بالاشهر، ثم يتغير حالها فتعتد بالحيض، وامرأة تعتد بالحيض ثم يتغير حالها فتعتد بالاشهر ، وامرأة تعتد بثلاثة أشهر أو بثلاث حيضات فيطرأ عليها ما يجعلها تعتد بأربعة اشهر وعشرة أيام ــ وبيان ذلك فى المسائل الاتيـة :

المسألة الاولى ــ من كانت عدتها ثلاثة أشهر اذا رأت دم الحيض قبل تمام الاشهر الثلاثة وجب عليها أن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات عند الحنفية «١» ، وبثلاثة أطهار عند الجعفرية ، ولا عبرة بالايام التى تربصتها بعد الفرقة وقبل رؤية الحيض ، لان الاشهر كانت بدلا عن القروء ، واذا وجد الاصل قبل تحقق البدل اعتبر الاصل وسقط اعتبار البدل .

أما ان رأت دم الحيض بعد تمام عدتها بالاشهر فليس عليها أن تستأنف عدة جديدة بالقروء ، لان البدل وهو الاشهر الثلاثة قد تحقق بتمامه قبل وجود الاصل وهو القروء فلا مجال لتحول العدة بعد ما تمت .. نعم قد صارت المرأة من ذوات الحيض برؤيتها لدمه فاذا وجبت عليها عدة مستقبلة فانها تعد بالقروء لا بالاشهر .

---

(١) ظاهر الرواية من مذهب الحنفية ان الاية ان رات الدم بعد ما بدات عدتها بالاشهر تستأنف العدة بثلاث حيضات ، وهذا مبنى علـى ان الايـاس لا يقدر له وقت معين بل يكون بغلبة ظن المراة ، فان رات الدم بعـد ذلك ظهر خطؤها فى ظنها وتبين انها ليست ايسة فتبطل عدتها بالاشهر وتعتد بالقروء . وغير ظاهر الرواية أن الايسة ان رات الدم لا تنتقل عدتها الى القروء ، وهـذا مبنى على ان الاياس له وقت معين فاذا بلغته ثم رات الدم بعده لا يكـون دم حيض فلا تنتقل عدتها اليه .

المسألة الثانية ــ من كانت عدتها ثلاثة قروء لانها من ذوات الحيض اذا استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث لا يمكن أن تميز أيام طهرها من أيام حيضها ، ولم تكن لها عادة معروفة ، أو كانت لها عادة فنسيتها ، زاد الجعفرية وكانت عادة أقربائها وأقرانها مختلفة (وهذه تعرف عند الفقهاء بالمتحيرة) عدتها على المفتى به من مذهب الحنفية سبعة أشهر من وقت الفرقة «١» . وعند الجعفرية وبعض الحنفية عدتها ثلاثة أشهر من وقت الفرقة ، وهذا هو الظاهر المعقول .

المسألة الثالثة ــ من كانت من ذوات الحيض فابتدأت عدتها وحاضت مرة أو مرتين ، ثم بلغت سن اليأس تتحول عدتها الى الاشهر وعليها أن تستأنفها بثلاثة أشهر كاملة «٢» . وقال الجعفرية : لو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت الياس أكملت العدة بشهرين «٣» .

المسألة الرابعة ــ من كانت من ذوات الحيض بأن رأته ولو مرة واحدة لمدة ثلاثة أيام (وهى أقل مدة الحيض) ثم انقطع عنها واستمر طهرها بعد ذلك لغير حمل ولا يأس (وهذه تعرف عند الفقهاء بممتدة الطهر) ، تعتبر من ذوات الاقراء ولا تنتهى عدتها الا بثلاث حيضات كوامل ، وليس لها ان تعتد بالاشهر لاحتمال عود الحيض اليها ، فان لم تحض فلا تنقضى عدتها الى أن تبلغ سن اليأس وحينئذ تتحول عدتها الى الاشهر ويلزمها تربص ثلاثة اشهر كاملة بعد بلوغها سن اليأس .

هذا مذهب الحنفية وهو ما عليه العمل الى الان فى المحاكم السنية العراقية بالنسبة للعدة وما يتبعها من نفقة وميراث وغيرهما .

---

(١) وذلك باحتساب ثلاث حيضات فى شهر باعتبار أن أقصى مدة الحيض عشرة أيام ، واحتساب ثلاثة أطهار فى ستة أشهر ، لكل طهر شهران ، اي اربعة امثال اقل مدة للطهر وهى خمسة عشر يوما احتياطا ، فهذه سبعة أشهر .

(٢) فتح القدير حـ٣ ص٢٧٩ .

(٣) المختصر النافع ص ٢٢٤ .

أما فى مصر فقد رأى المشرع أن بعض النساء اتخذن من هذا الحكم طريقا لمكيدة الزوج وابتزاز ماله ، فكان منهن من تدعى كذبا امتداد طهرها لتحصل من الزوج على نفقة عدتها المزعومة ولو الى بلوغها سن اليأس، وكانت تصدق فى دعواها لان أمر الطهر والحيض لا يعرف الا من جهتها ... وأخيرا انتهى العمل فى مصر الى ما جاء فى المادة السابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهو أنه لا تسمع الدعوى بنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، كما أنه لا تسمع عند الانكار دعوى الارث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

... وبهذا القانون تعتبر عدة المرأة سنة واحدة بالنسبة لحق النفقة وحق الميراث ، أما بالنسبة لواقع الامر وما ينبني عليه من حلها للازواج وعدم حلها ،فهذا أمر مرجعه الى المرأة وحدها ، وهى تصدق فى حق نفسها بما تقول الا اذا ادعت أن عدتها انتهت وكانت المدة لا تحتمل ذلك على ما عرفت من قبل .

أما الجعفرية فقد ذهبوا الى ان المرأة التى رأت الدم مرة أو مرتين بعد الطلاق وقبل انقضاء ثلاثة أشهر ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره ،ان تمت اقراؤها قبل انقضاء السنة ، أو تبين أن المانع الحمل ووضعته قبل انقضاء السنة فقد تمت عدتها والا فيجب عليها أن تكمل عدتها سنة كاملة من حين الطلاق ، ولا يلزمها التربص الى سن الاياس الذى هو ستون سنة فى القرشية وخمسون سنة فى غيرها (١) .

المسألة الخامسة — من طلقها زوجها وكانت عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر ثم مات عنها زوجها وهي فى العدة ، فهذه اما أن يكون طلاقها رجعيا ، واما ان يكون بائنا .

فان كان طلاقها رجعيا انهدمت عدة الطلاق بوفاته وعليها ان تستأنف عدة

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٨٠ مادة ٣١٤ .

وفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام) لان الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ، فزوجيتها أثناء العدة قائمة من كل وجه ، فتدخل تحت قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة اشهر وعشرا) .

وان كان طلاقها بائنا أتمت عدة الطلاق ثلاثة قروء ، أو ثلاثة أشهر ، وليس عليها أن تستأنف عدة وفاة ، لان الطلاق البائن يزيل الملك ، فزوجيتها حين الموت لا وجود لها ، فلا تشملها الاية السابقة . هذا اذا لم يكن الزوج فارا بابانتها من ميراثها له ، فان تبين انه ابانها فى مرض موته فرارا من ميراثها اياه ، ثم مات وهى فى عدتها ورثته وكان عليها أن تعتد بأبعد الاجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فان حاضت ثلاث حيضات قبل تمام أربعة أشهر وعشرة أيام فعدتها الى تمام هذه المدة ، وان اتمت أربعة أشهر وعشرة أيام ولم تحض ثلاث حيضات لزمها أن تتربص الى تمام الحيضة الثالثة ، وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلة ما ذهبا اليه أن المرأة بالنظر الى أنها مبانة ليست زوجة فعدتها عدة المطلقات ، وبالنظر الى انها وارثة تكون فى حكم الزوجة فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ، فعملا بالاعتبارين يلزمها أن تعتد بابعد الاجلين ، واقل الاجلين داخل فى أطولهما ، فصارت فى واقع الامر معتدة عدة طلاق وعدة وفاة .

وذهب ابو يوسف والجعفرية الى انها تعتد عدة الطلاق فقط لانها بانت منه فلم تكن زوجة له حين مات ، واعتبار الزوجية قائمة فى حق الميراث لا يلزم منه اعتبارها قائمة فى حق العدة اقتصارا على موضع الضرورة .

٦ ـ حكم ما لو تزوج الرجل مطلقته فى عدتها ثم طلقها :ـ

اذا تزوج رجل بامرأة ودخل بها ، ثم طلقها طلاقا رجعيا ، ثم راجعها فى عدتها ودخل بها ، ثم طلقها مرة ثانية فعليها استئناف عدة بلا خلاف ، وكذا لو راجعها ولم يدخل بها ثم طلقها للمرة الثانية باتفاق الحنفية والجعفرية ، لان العدة الاولى قد انقضت بالرجعة .

واذا تزوج رجل بامرأة ودخل بها ، ثم طلقها طلاقا بائنا دون الثلاث ، ثم تزوجها فى عدتها ودخل بها ، ثم طلقها بعد ذلك ، كان عليها عدة مستأنفة ولها كل المهر باتفاق .

وان تزوجها فى عدتها ولم يدخل بها ، ثم طلقها بعد ذلك ، فمذهب أبي حنيفة وابى يوسف ، واصح ما نقل عن الجعفرية ان عليها عدة مستقبلة ، ولها كل المهر ، لان المرأة فى يد الزوج حقيقة بالنكاح الاول الذى بقى أثره وهو العدة ، فاذا تزوجها للمرة الثانية وهى فى العدة فقد تزوجها وهى تحت يده ، فينوب القبض الاول عن القبض الثانى المستحق بالنكاح الجديد، فكانت لهذا مطلقة بعد الدخول فتستحق المهر كاملا ، ويلزمها عدة مستقبلة .

وذهب محمد الى ان عليها اتمام العدة الاولى لا غير ، ولها نصف المهر ، لان الطلاق الثانى فى حقيقة امره طلاق قبل الدخول ، والطلاق قبل الدخول ينصف المهر ولا يوجب عدة ، واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه لان الزوج فى الحالين واحد ،فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثانى كالمعدوم وظهر حكم النكاح الاول فيلزمها اكمال عدته (١) .

وذهب زفر الى انه لا عدة عليها اصلا ، لان العدة الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والعدة الثانية لم تجب ، لانه لا عدة لمطلقة قبل الدخول، ولا يلتفت لهذا المذهب لانه ظاهر الفساد ، والفتوى على ما ذهب اليه ابو حنيفة وابو يوسف والجعفرية ، وان كان رأي محمد اوضح مسلكا واقوى دليلا .

٧ — تداخل العدتين :—

قد تجب على المرأة عدة ، ثم تجب عليها عدة اخرى لسبب اخر ، وذلك

---

(١) انظر العناية (هامش فتح القدير) جـ٣ ص٢٨٨ .

كامرأة معتدة من طلاق وطئت وهى فى عدتها بشبهة ، فانه يجب عليها عدة اخرى بسبب الوطء ، وهذه حكمها مختلف فيه بين الحنفية والجعفرية :

فمذهب الحنفية : انه تتداخل العدتان ، سواء اكانتا من رجل واحد أم من رجلين ، وسواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين مختلفين (١) .

ومذهب الجعفرية : أن كل موضع تجتمع فيه على المرأة عدتان فانهما لا تتداخلان بل تأتى بكل واحدة منهما على الكمال (٢) .

٨ — مبدأ العدة ونهايتها :—

اولا — مبدأ العدة :

مبدأ العدة يختلف باختلاف موجبها ، فان كانت الفرقة عن نكاح صحيح بموت ولوقبل الدخول ، أوبطلاق أو فسخ بعد الدخول فمبدؤها فور الفرقة ولا تتوقف على علم المرأة ، فمن مات زوجها او طلقها فلم تعلم بذلك الا بعد مدة فعدتها من حين الفرقة لا من حين العلم ، وعلى هذا فقد تبدأ عدة المرأة وتنتهى وهى لا تعلم بذلك .

والمفتى به — عند ظن التواطىء — انه اذا ثبتت الفرقة بحجة متعدية كأن اقام الزوج بينة على انه طلقها من زمن كذا ، وقضى القاضى بذلك فالعدة تبدأ من الوقت الذي أسند اليه الطلاق . واذا ثبتت الفرقة بحجة قاصرة ، كأن أقر الزوج أنه طلقها من زمن كذا ولم يقم بينة على ذلك فالعدة تبدأ من وقت اقراره لا من الوقت الذى اسند اليه الطلاق فقد يكون الزوجان متواطئين على ذلك ليثبت انتهاء عدتها وانها صارت اجنبية عنه فيصح اقراره لها بالدين حال مرضه ، وغير ذلك كثير من الاغراض التى لا تتحقق مع قيام الزوجية .

وان كانت الفرقة عن نكاح فاسد بعد الدخول فمبدؤها من وقت موته

---

(١) العناية (هامش فتح القدير) حـ٣ ص٢٨٣ .

(٢) مسائل الخلاف حـ٢ ص ١٢٢ — ١٢٣ .

مباشرة ان كان قد مات عنها قبل مفارقتها،والا فمن وقت تفريق القاضى بينهما او متاركته لها ، وذلك بان يصرح بعزمه على ترك وطئها .

وان كانت الفرقة عن وطىء بشبهة فمبدأ العدة من اخر الوطآت عند زوال الشبهة على استظهرة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار حـ٢ ص ٦٢٧ ـ ٦٢٨ ـ هـذا مذهب الحنفيـة .

اما الجعفرية فمذهبهم ان مبدأ العدة بعد الطلاق او الفسخ فى النكاح الصحيح ، وبعد التفريق أو المتاركة فى النكاح الفاسد ، وبعد موت الزوج الحاضر مباشرة،وتنقضى العدة ولو لم تعلم المرأة بالطلاق او الفسخ او الموت واما العدة من وفاة الزوج الغائب فمن حين بلوغ الخبر . وفى وطء الشبهة من حين الوطء لا من حين ارتفاع الشبهة .

قالوا : ولو اقر الزوج بطلاقها منذ زمان ماض ولم تقم على ذلك بينة قبل اقراره فى حق نفسه وترتب على ذلك اثاره بالنسبة له ، واما فى حقها وبالنسبة اليها فالعدة وسائر الآثار تعتبر من وقت الاقرار ان وقع فى حال يملك فيه الطلاق بان تكون طاهرة مستبرأة (١) .

ثانيا ـ منتهى العـدة :

ومنتهى العدة يختلف باختلاف نوعها :

فاذا كانت العدة بالاشهر فانتهاؤها بغروب شمس اخر يوم منها مع مراعاة الخلاف السابق فى اعتبار الاشهر بالاهلة او بالايام اذا ما وقعت الفرقة فى أثناء الشهر .

واذا كانت العدة بالقروء ، فعلى مذهب الحنفية الذين يفسرون القروء بالحيض ويقولون لابد من ثلاث حيضات كوامل ، تنتهى العدة بمجرد انقطاع دم الحيضة الثالثة ان انقطع لتمام عشرة ايام وهى اكثر مدة الحيض . وان

---

(١) انظر الاحكام الجعفرية ص ٨١ ـ ٨٢ ، ومسائل الخلاف حـ٢ ص ١٢٠ ـ ١٢١ ، والاستبصار حـ٣ ص ٣٥٣ وما بعدها .

انقطع لان من عشرة ايام فلا تنتهى العدة الا اذا اغتسلت ، او تيممت وصلت، او صارت الصلاة دينا فى ذمتها .

ومن ادعت ان عدتها انقضت بثلاث حيضات كوامل صدقت فى دعواها اذا كانت المدة من وقت الفرقة الى نهاية الحيضة الثالثة تحتمل ذلك . واقل مدة تصدق فيها المرأة ستون يوما على ما ذهب اليه ابو حنيفة ، وهو المفتى به ، أو تسعة وثلاثون يوما على ما ذهب اليه أبو يوسف ومحمد .

وعلى مذهب الجعفرية الذين يفسرون القروء بالطهر ويعتبرون الطهر الذي طلقت فيه من العدة ، تنتهي العدة بمجرد رؤية الدم من الحيضة الثالثة بعد الفرقة . واقل مدة تصدق فيها المرأة اذا ادعت انقضاء عدتها بالاطهار ستة وعشرون يوما ولحظتان ، وليست اللحظة الثانية من العدة بل هى امارة الخروج منها (١) .

واذا كانت العدة بوضع الحمل فان كان توأمين او اكثر فنهاية عدتها بوضع اخر التوأمين أو التوائم باتفاق الحنفية والجعفرية لان الحمل اسم لجميع ما فى البطن (٢) .

وان كان الحمل واحدا فنهاية عدتها بنزول اكثره عند الحنفية لان للاكثر حكم الكل (٣) . وعند الجعفرية تنتهي بنزوله كله (على ما فهمته من ظاهر عباراتهم) .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٤ .

(٢) انظر البحر الرائق حـ٤ ص ١٣٥ ، ومسائل الخلاف حـ٢ ص ١٢٠ .

(٣) بنى الحنفية على هذا ان من طلقت رجعيا وهى حامل لو راجعها زوجها قبل نزول اكثر الحمل صحت الرجعة ، ولو راجعها بعد نزول اكثره لا تصح ، كما انه لو نزل حيا ورث، ولو مات قبل نزول اكثره لا يرث، واختلفوا هل تحل للازواج بنزول اكثره او لا تحل الا بنزوله كله ؟ قولان ، ورجح العمل بالثانى احتياطا ــ انظر البحر الرائق حـ٤ ص ١٣٥ .

٩ ــ ما يجب على المعتدة وما يجب لهـا :ــ

اولا ـ ما يجـب عليهـا :

أ ــ القرار فى بيت الزوجية :

يجب على المعتدة من طلاق او فسخ او وفاة بعد زواج صحيح ان تقضى زمن العدة فى بيت الزوجية التى كانت تسكنه وقت الفرقة حتى لو كانت خارج البيت وقت وقوع الفرقة كان من واجبها ان تعود اليه فورا ، وفى هذا يقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) .

وليس للمعتدة ان تنتقل الى مسكن اخر الا بعذر كخوفها على نفسها أو مالها ، وان وجد ما يدعو الى نقلها الى غير بيت الزوجية ، فان كانت معتدة وفاة وجب عليها ان تسكن فى اقرب بيت الى بيت الزوجية وان كانت معتدة طلاق تسكن حيث يسكنها مطلقهـا .

وللمعتدة من وفاة ان تخرج لكسب نفقتها وقضاء حوائجها لانه ليس لها نفقة ولا زوج يقوم على شؤونها . وللمعتدة من طلاق او فسخ ان تخرج لمثل ما تخرج له الزوجة ، ولا تخرج لغير ذلك لان زوجها يقوم بشأنها فلا ضرورة تدعو لخروجها ــ هـذا مذهب الحنفية .

اما الجعفرية فقد ذهبوا الى ان المعتدة من طلاق رجعى تعتد وجوبا فى بيت الزوجية التى كانت تسكنه وقت الطلاق . ومعتدة الوفاة لا يجب عليها ذلك بل يستحب . ومن طلقت او مات عنها زوجها وهى فى غير مسـكن الزوجية عادت اليه فورا ، ولا تتحول الى بيت اخر الا لعذر ، فان قام العذر تحولت معتدة الوفاة حيث شاءت ، وتحولت معتدة الطلاق الى حيث يشاء الزوج، ولا تخرج معتدة الطلاق الرجعى من بيتها الا لضرورة، ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصالحها . اما المعتدة من طلاق فلها ان تعتد حيث تشاء .

ب ــ الحـداد :

ويجب على المعتدة من طلاق بائن ، او من وفاة بعد زوجيةصحيحة ان تحد على زوجها مدة عدتها ، وذلك بان تترك الزينة بكل الوانها ، اظهارا

للاسف على ما فاتها من نعمة الزواج ، ولان فى ترك زينتها قطعا لاطماع لراغبين فيها وهى ــ كما عرفت من قبل ــ ممنوعة عن الزواج بل عن الخطبة فى عدتها ، وفوق هذا فهو واجب خلقى من باب الوفاء لزوجها ، ثم هو بعد هذا كله ادب محض يتمشى مع الطبائع السليمة ، ولذا يقرر الفقهاء انه حق للشرع ولا يملك احد اسقاطه ، حتى لو ان مطلقها نهاها عن الحداد ، او اوصاها زوجها قبل وفاته بتركه ما كان لها ان تتركه .

اما المطلقة طلاقا رجعيا فلا يجوز لها ان تحد ، بل يستحب لها ان تتزين ماشاءت ، لان زوجيتها لا تزال قائمة ، وفى زينتها اغراء للزوج بمراجعتها .

وليس على صغيرة ، ولا كبيرة لا تعقل ، ولا على معتدة من طلاق فاسد اووطء بشبهة حداد ــ هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية الى انه لا احداد الا على من مات عنها زوجها بعد نكاح صحيح ، لان وفاته مدعاة لذلك . اما المعتدات لغير وفاة فلا وجه لاحدادهن وبخاصة المعتدة من طلاق بائن ، لان زوجها هو الذى فارقها باختياره ، فلا معنى لان تكلف الاسف على فراقه بعد ما عافها وتحول عنها .

ثانيا ــ ما يجب لها :

ويجب للمعتدة النفقة باقسامها الثلاثة على تفصيل وخلاف سبق بيانه فارجع اليه فى ص ١٩٨ وما بعدها من الكتاب .

« القسم الثالث »

« فى : النسب وتوابعه »

« النسب وتوابعه »

« تمهيـــــد »

حقيقة الاسرة تتكون من الزوج والزوجة والاولاد ، وسبق ان تكلمنا فى القسم الاول من الكتاب عن العقد الذى يربط بين الزوجين وما يترتب عليه من حقوق لكل منهما قبل صاحبه ، ثم تكلمنا فى القسم الثانى عــن الفرق التى ترد على عقد الزواج وما يترتب عليها من اثار • وفى هذا القسم (الثالث) نتكلم عن الاولاد الذين هم ثمرة الزوجية ، وسنتناول الكلام عنهم من ناحية ثبوت نسبهم ، ثم من ناحية ما لهم من حق الرضاعة ، ثم من ناحية ما لهم من حق الحضانة ، ثم من ناحية ما لهم من حق النفقة ، وسنفرد لكل ناحية من هذه النواحى الاربع بابا على حدة ، وسنرى بعد ذلك كله ان الله لم يترك الاسرة هملا ، بل احاطها بعنايته ، وشملها برعايته ، وشرع لها من الاحكام ما فيه سعادتها وخيرها، وبالتالى ما فيه سعادة الامة وخير المجتمع•

الباب الاول

« فى ثبوت النســب »

يثبت النسب بواحد من امــور ثلاثـــة ١ ــ الفــراش ٢ ــ الاقرار ٣ ــ البينة • وسنفرد لكل طريق من طرق الاثبات الثلاثة فصلا مستقلا •

الفصل الاول

« فى : ثبوت النســب بالفــراش »

١ تعريف الفراش ٢ ــ حكمه ٣ ــ ما ينبنى عليه ثبوت النسب بالفراش ٤ ــ ثبوت النسب فى الزواج الصحيح ٥ ــ ثبوت النسب فى الزواج الفاسد ٦ ــ ثبوت النسب فى الوطء بشبهة • ٧ ــ ثبوت النسب فى الطلاق قبــل الدخول ٨ ــ ثبوت النسب فى الطلاق بعد الدخول ٩ ــ ثبوت النســب بعــد وفاة الزوج •

١ ــ تعريف الفراش :ــ

الفراش هو قيام الزوجية الصحيحة حين ابتداء الحمل ، ويلحق بـه الدخول بالمرأة بناءً على عقد فاسد او وطء بشبهة ، وعرفه بعض الفقـهاء بانه تعـين المرأة للولادة لشخص واحـد [1] .

٢ ــ حكمـــــه :ــ

وحكم الفراش ثبوت النسب من صاحبه وهو الزوج بدون حاجة الى اقرار او بينة ، وفى الوطء بشبهة لا يثبت النسب عند الحنفية الا اذا ادعاه ، وعند الجعفرية يثبت اذا اعترف بالوطء . اما الزنى فلا يثبت به النسب اذا ادعاه وصرح بأنه من الزنى، فان ادعاه ولم يصرح بانه من الزنى ثبت النسب.

والعلة فى ثبوت النسب بالفراش دون توقف على اقرار أو بينة هى أن عقد الزواج يقتضى اختصاص الزوجة بزوجها ، فهى له وحده ، وليس لغيره ان يستمتع بها ، وتتيجة هذا انها ان جاءت بولد فهو من زوجها ، واحتمـال علوقها بالولد من غيره احتمال غير مقبول لان الاصل حمل احوال الناس على الصلاح ، والظن لا يغنى من الحق شـيئا .

والعلة فى ان الوطء بشبهة لا يثبت به نسب (عند الحنفية) الا اذا ادعاه الواطىء هى أن الشبهة التـى ترتب عليها وطوءه لها أثبتت شـبهة فراش ، وشبهة الفراش لا تكفى وحدها لثبوت النسب بل لا بـد من ان تـتـقوى بدعـواه .

---

(١) يلاحظ ان التعريف الاول لا يشمل فراش الامة ، والثانى يشمله . والفراش على ما ذكره ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار حـ٢ ص ٦٤٧ على اربع مراتب : ضعيف : وهو فراش الامة ، لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة ، ومتوسط : وهو فراش ام الولد فانه يثبت فيه بلا دعوة لكنه ينتفى بالنفى ، وقوى : وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فانه فيه لا ينتفـى الا باللعان ، واقوى : كفراش معتدة البائن فان الولد لا ينتفى فيه اصلا لان نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية .

والعلة فى ان الزنى لا يثبت به نسب هى ان الزنى جريمة تستوجب نقمة ، فكيف يثبت به النسب والنسب فضل من الله ونعمة ؟ .

والاصل فيما تقدم قوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش وللعاهر الحجر) (١) .

٣ – ما ينبنى عليه ثبوت النسب بالفراش :–

وينبنى ثبوت النسب بالفراش على اصول ثلاثة وهى :

اولا – امكان حمل الزوجة من زوجها فلو كان الزوج صغيرا بحيث لا يتصور ان تحمل منه زوجته لكونه دون البلوغ والمراهقة لا تعتبر زوجيته فراشا يثبت به النسب باتفاق . ولو كان الزوج لم يلتق قط بزوجته من حين العقد لا تعتبر زوجيته فراشا يثبت به النسب عند الجعفرية ، وهذا ما جرى عليه العمل فى المحاكم المصرية ، لأنه مع ثبوت عدم التلاقى بين الرجل وزوجته لا يتصور عادة ان يكون حملها منه ، وخالف الحنفية ، فقالوا لو تزوج مشرقى بمغربية ولم يعرف أنهما تلاقيا قط ثم جاءت الزوجة بولد ثبت نسبه من زوجها لوجود الفراش الصحيح ، وتصور امكان التقائهما عقلا (٢) .

ثانيا ألا تأتى به الزوجة لأقل من ستة أشهر من وقت العقد فى النكاح الصحيح ، ومن وقت الوطء فى النكاح الفاسد عند الحنفية ، ومن وقت الوطء فى كل من الصحيح والفاسد عند الجعفرية ، وذلك لأن أقل مدة الحمل باتفاق ستة أشهر أخذا من قوله تعالى فى شأن المولود (.. وحمله وفصاله

---

(١) معنى الحديث ان الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج ، اما العاهر وهو الزانى فلا حق له فى الولد لو نازع فيه ، والعرب تقول لمن لم ينل خيرا : بيده التراب ، او له الحجر ، ويجو زان يكون معناه ان الزانى يرجم بالحجارة حدا وجزاءً له على جريمته ان كانت تستوجب الرجم .

(٢) راجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ٢ ص ٦٤٧ ، وفتح القدير حـ ٣ ص ٣٠١ .

ثلاثون شهرا) مع قوله (.. وفصاله فى عامين) لانه بعد طرح مدة الفصال (أى الفطام) وهى ثلاثون شهرا يبقى للحمل وحده ستة أشهر وهى أقل مدة يتم فيها تكامل خلق الجنين حتى يولد حيا .

ثالثا — ألا تأتى به لأكثر من عامين من وقت العقد فى النكاح الصحيح ، ومن وقت الوطء فى الفاسد عند الحنفية لأن اقصى مدة للحمل عندهم سنتان . لماروى أن عائشة رضى الله عنها قالت : (لايبقى الولد فى بطن أمه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل)قالوا وهذا قول ليس للرأى فيه مجال فلا بد من أن تكون قد سمعته من رسول الله صلى عليه وسلم .
وعند الجعفرية ألا تأتى به لأكثر من تسعة أشهر ، أو عشرة ، أو سنة من حين الوطء فى كل من النكاح الصحيح والفاسد ، على ما روى عنهم من اقوال فى اكثر مدة الحمل (١) .

والمالكية قالوا : اكثر مدة الحمل خمس سنين ، والشافعية قالوا : اكثره اربع سنين ، وهو قول اخر للمالكية ، وهناك من قال : اكثره سبع سنين . والحق ان هذه تقديرات تقوم على ادعاء وقوع حالات بقى الحمل فيها الى نهاية هذه المدد ، وقد يكون هناك خطأ او اشتباه .

ومهما يكن من خلاف فى اكثر مدة الحمل ، فاهل السنة والجعفرية متفقون على ان الحمل فى الغالب لا يزيد عن تسعة اشهر ، وهذا هو الذى يؤيده الواقع ، وقد قرر الاطباء ان اقصى مدة يمكنها الحمل فى بطن امه هى سنة كاملة عدتها ٣٦٥ يوما ، ومع هذا فلا يزال العمل فى المحاكم السنية العراقية الى يومنا هذا يجرى على مذهب الحنفية من ان اقصى مدة الحمل سنتان ، اما فى مصر فقد رأى المشرع ان الاخذ بمذهب الحنفية — وهو ان اقصى مدة الحمل سنتان — مكن اصحاب الذمم الفاسدة والضمائر الخربة من ادعاء نسب اولاد لغير ابائهم ، ورای ان تقدير الحنفية لاكثر مدة الحمل

---

(١) قال صاحب المختصر النافع فى ص ٢١٦ عن تقدير اكثر مدة الحمل بعشرة اشهر انه حسن ، وعن تقديره بسنة انه متروك .

وتقدير غيرهم ممن زادوا على مذهب الحنفية تقدير لا يستند الى دليل من الكتاب او السنة الصحيحة ، كما انه لا يتفق مع الواقع المشاهد ، ولا مع ما قرره الاطباء — وهم اهل الذكر فى هذا — راى المشرع المصرى هذا كله، وراى ان ما قرره الاطباء قريب كل القرب من مذهب الجعفرية ومن مذهب محمد بن عبد الحكيم الذى يرى ان اقصى مدة للحمل سنة قمرية فنص فى المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على انه (لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا اتت به لاكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة) .

هذه هى الاصول الثلاثة التى ينبنى عليها ثبوت النسب بالفراش وحده وعليها يمكن ان نفرع الاحكام الاتية .

أ — ثبوت النسب حال قيام الزواج الصحيح :—

اذا ولدت الزوجة حال قيام الزواج الصحيح ولدا لاقل من ستة اشهر (من وقت العقد عند الحنفية ، ومن وقت الدخول عند الجعفرية) لا يثبت نسبه من زوجها لوجود الحمل قبل العقد او قبل الدخول بيقين فلم تكن المرأة وقت العلوق به فراشا لزوجها حتى يثبت النسب .. ولكن اذا ادعاه الزوج ثبت نسبه بالدعوة لا بالفراش بشرط الا يصرح بكونه من الزنى ولو كانت الظواهر تكذبه عند الحنفية ، وعند الجعفرية بشرط الا يصرح بكونه من الزنى ، والا يعلم كذبه ، ويحمل ذلك على انه اتصل بها من قبل بناء على عقد سرى او شبهة ، تصحيحا لاقراره ، وحملا لحاله على الصلاح ، وصونا للولد من الضياع .

واذا ولدته لستة اشهر فاكثر ثبت نسبه من زوجها اعترف به او سكت، وليس له نفيه الا بشرطين (اولهما) الا يكون منه اقرار سابق بنسبه ولو ضمنا (ثانيهما) ان يلاعن زوجته على نفى الولد ، وبعد الملاعنة يلحق الولد

بامه ولا يعتبر نسبه متصلا بالزوج الا فى مسائل بيناها فى اللعان ، كما انه لا يلحق بغير الملاعن لو ادعاه ، لاحتمال ان يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه على ما عرفت من قبل .

ب ـ ثبوت النسب حال قيام الزواج الفاسد :ـ

اذا ولدت الزوجة حال قيام الزوجية الفاسدة (أي قبل المتاركة) ولدا لاقل من ستة اشهر من وقت الدخول الحقيقى لا يثبت نسبه من الزوج (١) . واذا ولدته لستة اشهر فاكثر ثبت النسب ولا يمكن نفيه ، لان النفى لا يكون الا بالملاعنة ، ولا لعان فى الزواج الفاسد .

واذا ولدته بعد المتاركة لاقل من سنتين من تاريخ الفرقة عند الحنفية، ولاقل من تسعة اشهر او عشرة عند الجعفرية ثبت نسبه ما دامت قد جاءت به لستة اشهر من وقت الدخول الحقيقى . واذا ولدته لاكثر من ذلك لا يثبت النسب .

ج ـ ثبوت النسب بعد الوطء بشبهة :ـ

الشبهة ثلاثة أنواع :

١ ـ شبهة فى الحكم ، ويقال لها شبهة فى الملك ، وذلك كمن وطىء جارية ابنه وهو يرى حلها له ، اخذا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام (انت ومالك لابيك) .

٢ ـ شبهة فى العقد ، وذلك كمن عقد على امرأة ودخل بها ثم تبين له انها اخته من الرضاع .

٣ ـ شبهة فى الفعل ، وذلك كمن دخل بامرأة زفت اليه على انها زوجته ثم تبين له انها غيرها .

---

(١) فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار ح٢ ص ٦٢٣ ـ ٦٢٤ ان احتساب مدة الحمل من وقت الدخول هو راي محمد وهو المفتى به ، وراى ابى حنيفة وابى يوسف ان مدة الحمل تحتسب من وقت العقد قياسا على الصحيح ، قال : والمشايخ افتوا بقول محمد لعدم صحة القياس المذكور .

فمن دخل بامرأة بناء عن شبهة من هذه الشبه فجاءت بولد لا يثبت نسبه منه الا اذا ادعاه ، ذلك لان الوطء عن شبهة يثبت شبهة الفراش لا غير ، وشبهة الفراش قاصرة عن ان يثبت بها وحدها نسب ، فاذا انضم اليها الدعوة تقوت وثبت النسب •

وذهب الجعفرية الى ان الموطوءة بشبهة ان جاءت بولد لستة اشهر او اكثر بحيث لا يزيد عن تسعة اشهر من حين الوطء يثبت نسبه من الواطىء بعد اعترافه بالوطء •

د ـ ثبوت النسب فى الطلاق قبل الدخول :ـ

اذا ولدت المطلقة قبل الدخول ولدا لستة اشهر من وقت العقد ولاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه من زوجها لامكان الحمل به منه وقت الفراش•وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت العقد،وبالضرورة لاقل منها من وقت الطلاق لا يثبت نسبه لتحقق علوقها به قبل الفراش•وان جاءت به لستة اشهر من وقت الطلاق لا يثبت نسبه منه ، لانها مبانة وليس لها عدة حتى يقال لعله اتصل بها فى عدتها لشبهة •

ويرى الجعفرية : انه لا يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول ، لانه مع عدم الدخول لا يتصور كون الحمل منه •

هـ ـ ثبوت النسب فى الطلاق بعد الدخول :ـ

المطلقة بعد الدخول اذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه من مطلقها ، رجعيا كان الطلاق او بائنا •

وان جاءت به لسنتين فأكثر من وقت الطلاق فان كان الطلاق رجعيا ثبت نسبه من مطلقها ايضا ، ويحمل ذلك على ان زوجها خالطها فى العدة ، ويكون بذلك قد راجعها ، وان كان الطلاق بائنا فلا يثبت نسبه الا اذا ادعاه ، لان حملها به كان بعد زوال الفراش ، ويحمل ادعاؤه نسبه على انه خالطها بشبهة •

وقال الجعفرية : المطلقة بائنا او رجعيا يثبت نسب ولدها من زوجها ان ولدته لتسعة اشهر ، أو لعشرة ، أو لسنة من حين الوطء ، ولو نفاه لاعن ، وان ولدته لاكثر من ذلك انتفى بغير لعان ولا يجوز له ان يلحقه بنفسه ، ولو ادعاه الحق بـه ان لم يعلم كذبـه .

أما اذا أقرت المطلقة بعد الدخول بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الاقرار فلا يثبت نسبه من زوجها سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا لامكان أن يكون الحمل من غيره بعد العدة . وان ولدته لاقل من ستة اشهر من تاريخ اقرارها بانقضاء عدتها ثبت نسبه ، لانها وقت الاقرار بانتهاء العدة كانت حاملا بيقين فتكون كاذبة فى دعوى انقضاء العدة .

و ـ ثبوت النسب بعد وفاة الزوج :ـ

المتوفى عنها زوجها ان لم تقر بانقضاء عدتها بأن ادعت الحمل ثم جاءت بولد لاقل من سنتين من تاريخ الوفاة ثبت نسبه من زوجها لقيام الفراش حين علوقها به . وان جاءت به لسنتين فأكثر لا يثبت نسبه لتيقن علوقها به بعد المـوت .

وان لم تدع حملا وأقرت بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة ايام ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت انقضاء عدتها الذى زعمت ثبت نسبه لامكان علوقها به قبل وفاته ، وتكون كاذبة فى دعوى انقضاء عدتها . وان جاءت بولد لستة اشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها فلا يثبت نسبه لامكـان حملها من غـير زوجهـا بعـد العـدة .

وقال الجعفرية : المتوفى عنها زوجها اذا جاءت بولد لتسعة اشهر من حين الوفاة او لعشرة او لسنة ثبت نسبه ، واذا جاءت به لاكثر من ذلك فلا يثبت نسبه ولا تقبل دعوى الورثة لو ادعـوه .

الفصل الثانى

« فى : ثبوت النسب بالاقرار »

لاقرار بالنسب قسمان : اقرارليس فيه تحميل النسب على الغير ، واقرار فيه تحميل النسـب علـى الغـير •

اما القسم الاول وهو الاقرار الذى ليس فيه تحميل النسب علـى الغير فانه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره بل يثبت أولا فى حق المقر ثم يسري منه الى غيره ، وذلك كالاقرار بالابوة أو البنوة ، وعلى هذا فاذا اقر رجل لغلام بانه ابنه ثبتت بنوته له ، وكان بينهما مـن الحقوق والواجبات ما يكون بين الآباء والابناء ، ولكن لا بد لثبوت النسب من شـروط اربعـة :

الشرط الاول ـ ان يكون المقر له مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب لا يصح الاقرار لانه لا يصادف محلا ، ولا يعقل ان يكون للشخص الواحد ابوان ، والنسب الثابت من قبل لا يرتفع بمجرد الاقرار •

لشرط الثانى ـ ان يولد مثله لمثله ، فان تقاربت السن بحيث لا يعقل أن يكون المقر ابا للمقر له ، كأن كان عمر المقر ثلاثين سنة ، وعمر المقر له خمسا وعشـرين فانه لا يثبت النسب لان الواقع يكذبه •

الشرط الثالث ـ أن يصدق المقر له المقر ان كان مميزا ، لان الاقرار فيه دعوى على الغير ، اذ المقر يدعى لنفسه الابوة ، ويدعى على المقر لـه البنوة ، والدعوى على الغير لا تثبت الا ببينة أو مصادقة • أما غير المميز فلا تشترط مصادقته لانه ليست له عبارة معتبرة شرعا ، فيكفى اقرار المقر ويعتبر المقر له مصادقا تقديرا ، لان مصلحته فى أن يكون ثابت النسب ، ولو كان مميزا ما وسعه الا ان يصادق •

وقال الجعفرية لا تشترط مصادقة من دون البلوغ ولو كان مميزا ، وتشترط مصـادقـة البـالـغ •

الشرط الرابع — الا يذكر انه ابنه من الزنى .

هذه هى الشروط التى لا بد من توافرها حتى تثبت البنوة بالاقرار .. ولكن هل يلزم — اذا ثبتت البنوة — ان تكون أم هذا الولد زوجة للمقر ؟

قال الحنفية : لا يلزم لاحتمال ان يكون الولد ثمرة عقد فاسد ، أو مخالطة بشبهة ، أو ان يكون ثمرة زوجية صحيحة قد انتهت ولم تعد قائمة ، غير انهم قالوا : اذا مات المقر بالبنوة ، وكان الاقرار معتبرا شرعا ، وكانت أمومة المرأة معروفة مستفيضة فادعت انها زوجة للميت حكم لها بالزوجية ، وبالتالى حكم لها بالميراث ما لم يمنع منه مانع ، لان الظاهر ان يكون الولد ثمرة نكاح صحيح اذ هو المتعين لذلك وضعا وعادة ، واحتمال كون الولد ثمرة عقد فاسد أو وطء بشبهة احتمال ضعيف لا يلتفت اليه فى مقابلة الظاهر القوي ، واحتمال انتهاء زوجيتها لا يلتفت اليه أيضا ، لانه اذا ثبت النكاح وجب الحكم ببقائه ما لم يتحقق زواله بيقين .

وقال الجعفرية : ان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة لا ترث ، ولو صدقوها فى دعواها ورثت .

واذا أقرت امرأة ببنوة غلام ثبتت بنوته بشروط ثلاثة أن يكون مجهول النسب أي ليست له ام معروفة ، وان يولد مثله لمثلها ، وان يصدقها فى اقرارها ان كان مميزا عند الحنفية ، وان كان بالغا عند الجعفرية . هذا اذا لم تكن زوجة ولا معتدة فان كانت زوجة او معتدة فلا بد من شرط رابع وهو تصديق الزوج او البينة (١) . واذا ذكرت المرأة انه ابنها من سفاح

---

(١) اذا كان الفراش قائما فليس للزوج ان ينكر بنوة الغلام الذى اقرت به زوجته ، واذا انكره ولم يكن منه اعتراف من قبل فلا ينتفى الا بالملاعنة — واذا انكر الزوج الولادة حال قيام الزوجية فان كان الحبل ظاهرا بوضوح ، او كان الزوج معترفا به من قبل ثبتت ولادتها بقولها ، واذا لم يكن بها حبل ظاهر ولم يسبق من الزوج اعتراف بحبلها تثبت ولادتها بشهادة القابلة باتفاق الحنفية . واذا كانت الزوجة معتدة من طلاق او من وفاة وادعت الولادة فانكرها الزوج او الورثة فان كان حبلها ظاهرا بوضوح او كان من الزوج او

فلا يبطل اقرارها ببنوته لها لان ولد الزنى يثبت نسبه من امه .

واذا قر شخص لرجل بانه ابوه او لامرأة بانها امه صح اقراره بشروط اربعة ، ان يكون المقر مجهول النسب ، وان يولد مثله لمثل المقر له ، وان يصدقه المقر له ، والا يقول — عند دعوى الابوة — انه ابوه من الزنى ، وفى دعوى الامومة لايبطل اقراره ان قال انها امه جاءت به من سفاح .

واعلم ان من أقر بنسب شخص ثم انكر انه أقر فأقيمت بينة على اقراره ثبت اقراره بالبينة وحكم بالنسب بناء عليه ... ولكن المشرع المصري نظر لتدليس بعض الناس فانتهى الى أنه (لا تقبل دعوى بالاقرار الصادر قبل قيام الخصومة او بعدها ، ولا الشهادة به الا اذا كان صدوره امام قاض بمجلس القضاء ، او كان مكتوبا وعليه امضاء المقر أو ختمه ، أو وجدت كتابة تدل على صحته) .

هذا — ولا بد من ان نفرق هنا بين الاقرار بالبنوة والتبني ، فالاقرار بالبنوة هو اعتراف لشخص مجهول النسب بانه ابنه حقيقة وانه خلق من

من احد ورثته اعتراف بحبلها من قبل كفى لاثبات ولادتها شهادة القابلة ، واذا لم يكن بها حبل ظاهر ولم يكن منه او من احد الورثة اعتراف به فلا بد من شهادة كاملة رجلين او رجل وامراتين عند ابى حنيفة لان النكاح قد انتهى بانتهاء العدة بالولادة فتكون اجنبية عن الزوج ، ودعوى ثبوت النسب من الاجنبى لا تثبت الا بينة كاملة . وقال ابو يوسف ومحمد تثبت الولادة بشهادة القابلة على اية حال لان النكاح اثاره باقية فى عدة الطلاق والوفاة ، والزوجة حين ولدت لم تكن اجنبية عن زوجها وقد ولدت على فراشه فيكفى شهادة القابلة — واذا اعترف الزوج حال قيام الزوجية او العدة بالولادة ولكنه انكر ان يكون ما ادعته هو المولود بعينه/بان قال انها ادعت ولدا ذكرا وقد ولدت بنتا ، او قال ان الولد قد نزل ميتا وهي تدعى غيره ، فيكفي فى تعيين المولود شهادة القابلة باتفاق الامام وصاحبيه ، وكذا الحكم فيما لو كان الخلاف بين الزوجة وورثة زوجها بعد وفاته — وذهب الجعفرية الى انه اذا لم يعترف الزوج او الورثة بالولادة او اعترفا بالولادة وانكرا ان يكون ما ادعته هو المولود بعينه فلا بد من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اربع نسوة .

مائه ، وباقراره هذا تثبت بنوة الولد له شرعا ، وتثبت بينهما كل الحقوق والواجبات التى تكون بين الوالد وولده كحق النفقة ، والارث ، وحرمة المصاهرة ، وقد يكون مدعى البنوة كاذبا فيما بينه وبين نفسه ، وهو آثم بكذبه فى دعواه لا شك ، ولكنا امرنا ان ناخذ بالظاهر والله يتولى السرائر .

وأما التبنى فهو ان يستلحق شخص ولدا معروف النسب لغيره ، او مجهول النسب كاللقيط ، ويصرح بانه يتخذه ولدا مع كونه ليس من صلبه ، وهذا هو ما كان عليه اهل الجاهلية ، فقد كان للمتبنى عندهم ما للولد الحقيقى من كل ناحية فكانوا يورثونه ويرثونه ، ويحرمون زوجته على من تبناه فلما جاء الاسلام ابطل التبنى ، وابطل ما كانوا يرتبونه عليه من احكام وبين ان المتبني أجنبي عمن تبناه ، فقال عز وجل « ... وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما » .

والاسلام حين يحرم التبنى لا يحرم بحال ما أن يضم شخص الى كنفه ورعايته يتيما أو لقيطا ليقوم بالانفاق عليه ، وليتعهده بالتربية والتعليم حتى لا ينشأ عالة على الامة وشرا على المجتمع ، وله أن يخصه بشيء من ماله على سبيل الهبة أو الوصية ، وهو اذ يفعل هذا محسن ولا شك ... ولكن ليس له أن يلحقه بنسبه ، ويدعوه الى نفسه ، فهذه هي الجاهلية الجهلاء والضلالة الحمقاء .

وأما القسم الثاني وهو الاقرار الذي فيه تحميل النسب على الغير ، فانه يتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على ثبوته من غيره ، وذلك كالاقرار بالاخوة أو العمومة ، فلو أقر شخص بأن فلانا أخاه فلا تثبت أخوته له الا اذا ثبتت أولا بنوة المقر له من ابى المقر .

ولو أقر شخص بأن فلانا عمه فلا تثبت عمومته الا اذا أثبتت أولا بنوة

المقر له من جد المقر ، فأنت ترى أن النسب فى هذا القسم محمول على غير المقر أولا ، وهو الاب فى الصورة الاولى والجد فى الصورة الثانية ، ثم يتعدى بعد ذلك الى المقر نفســـه .

وحكم هذا الاقرار أنه لا يثبت النسب به وحده ، بل لا بد من تصديق من حمل عليه النسب أولا وهو الاب أو الجد فيما تقدم ، أو اقامة المقر البينة على دعواه ، فان تم ذلك ثبت — اولا — نسب المقر له من الاب أو الجد ، وبالتالى يثبت نسبه من المقر ، ويكون لكل حقه الشرعى الذي ينبني عـلى ثبـوت النســب .

أما اذا لم يصدق من حمل عليه النسب المقر فيما أقر به ولم تكن للمقر بينة فان النسب لا يثبت ، ولكن يعامل المقر باقراره ، ويلزمه وحده كل حق يتفرع عن هذا الاقرار ، لان الاقرار حجة قاصرة على المقر فلا تتعداه الى غيره وعلى هذا فاذا كان للمقر أب وأخوة وكان موسرا ، وكان المقر له مستحقا للنفقة فانها تفرض على المقر وحده دون الاب والاخوة .

واذا مات المقر وليس له وارث أخذ المقر له كل التركة لا بطريق الميراث، ولكن يعتبر ذلك بمثابة الوصية للاجنبي بكل التركة (١) .

واذا مات المقر وترك زوجة فقط أخذت نصيبها وهو الربع ، والباقي يأخذه المقر له .

واذا مات أبو المقر عنه وحده شاركه المقر له فى التركة ، فان كان المقر له ذكرا فالتركة مناصفة بينهما ، وان كان المقر له انثى كان للمقر الثلثان وللمقر له الثلث ، لان الانثى فى الميراث على النصف من نصيب الذكر .

واذا مات ابو المقر عنه وعن أخ له ثابت نسبه من أبيه الميت فعند الحنفية وهو يقول للجعفرية — يكون للاخ غير المقر النصف ، والنصف الثاني يقسم بالسوية بين المقر والمقر له فيكون لكل منهما الربع . والقول الصحيح عنـد

---

(١) واقعـات المفتـين ص ١٨٩ .

الجعفرية ، أنه يعطي الاخ غير المقر النصف ، ويعطى المقر الثلث ، ويعطي المقر له السدس (١) وبهذا قال ابن أبي ليلى (٢) .

الفصل الثالث

« فى : ثبوت النسب بالبينة »

اذا ادعى شخص بنوة شخص ، أو أبوته ، أو أخوته ، أو عمومته ، أو أي نوع من أنواع القرابة ، وانكر المدعى عليه فللمدعى ان يقيم البينة على دعواه ، فان أقامها ثبتت له القرابة التى ادعاها ، وثبتت له كل الحقوق والاحكام التى تبنى على هذه القرابة . ولا بد من ان تكون البينة كاملة ، وهي عند الحنفية رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان ، وعند الجعفرية رجلان عدلان ، وتكفى الاستفاضة ، ولا تقبل شهادة رجل وامرأتين عدول .

ثم ان دعوى النسب التى تقام عليها البينة لا تأخذ حكما واحدا فى كل حالاتها ، بل يختلف الحكم تبعا لنوع القرابة التى يراد اثباتها ، وتبعا لكون القريب الذي يراد اثبات قرابته حيا أو ميتا وقت الدعوة :

فاذا كانت الدعوة بأبوة أو بنوة ، وكان الاب أو الابن المدعى عليه حيا تسمع الدعوى مجردة عن ان تكون ضمن حق آخر ، ويجري الاثبات على النسب قصدا واستقلالا .

واذاكانت الدعوة بأبوة أو بنوة وكان الاب أو الابن المدعى عليه ميتا فلا تسمع دعوى الابوة أو البنوة على سبيل الاستقلال ، لانها دعوى على الميت وهو غائب ، والدعوى على الغائب لا تسمع .

أما اذا كانت دعوى الابوة أو البنوة ضمن دعوى بحق آخر كالميراث فانها تقبل ، لان الانتساب الى الميت ليس مقصودا أصليا ، وانما المقصود الاصلي هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، واثبات النسب وسيلة لاثبات

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٩١ .

(٢) واقعات المفتين ص ١٨٨ .

الحق المتنازع فيه ، فموضوع الخصومة هو الحق المترتب على ثبوت النسب ، والخصم هو كل من له أو عليه حق فى التركة كالورثة والوصى والدائن والمدين .

واذا كانت الدعوة بالاخوة أو العمومة فلا تسمع الدعوة على سبيل الاستقلال حيا كان المدعى عليه او ميتا ، لان فى دعوى الاخوة أو العمومة تحميل النسب على الغير وهو الاب أو الجد وكلاهما غائب والدعوى على الغائب لا تسمع . أما اذا كانت دعوى الاخوة أو العمومة ضمن دعوى بحق آخر كالميراث أو النفقة فانها تقبل حيا كان المدعى عليه أو ميتا ، لان النسب هنا ليس مقصودا أصليا ، وانما المقصود الاصلى هو الحق المترتب على ثبوت النسب ،فكان موضوع الخصومة هو حق الميراث أو النفقة ، والخصم للمدعى هو كل من ينازعه فى هذا الحق ممن لهم أو عليهم حق فى التركة . هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهبوا الى أنه يمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة مقصودة بدون أن تكون فى ضمن دعوى حق آخر معها سواء أكان الاب أو الابن المدعى عليه حيا أو نائبه أم كان ميتا ، وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرهما تثبت بالبينة وان لم تكن فى ضمن دعوى حق على الوارث أو الوصى أو غيرهما ، لان هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمها فلا تكون عبثا ، وحيث لم يكن للمدعى خصم فلا يجب على الحاكم سماعها لكنه لو سمعها تترتب الآثار (١) .

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٩٢ مادة ٣٥٥ .

فصل

« فى : اللقيط وأحكامه »

(١) تعريفه (٢) حكم التقاطه (٣) أحق الناس بامساكه (٤) مركزه من الحرية والاسلام (٥) الولاية عليه (٦) نسبه .

١ ـ تعريف اللقيط :

اللقيط مولود حى طرحه أهله خوفا من العيلة ، أو فرارا من تهمة الزنى ، أو لغير ذلك .

وهو عند الجعفرية : كل صبي أو مجنون ضائع لا كافل له ، ولا يقدر على دفع المهلكات عن نفسه ، ولا يختص بمن نبذه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنى (١) .

٢ ـ حكم التقاطه :ـ

والتقاط اللقيط مندوب اذا لم يغلب على الظن ضياعه ، فان غلب على الظن ضياعه ، كان واجبا . ومضيع اللقيط آثم ، ومحرزه غانم ، لانه أحيا نفسا كانت على شرف الهلاك . ويحرم طرح اللقيط بعد التقاطه .

٣ ـ أحق الناس بامساك اللقيط :ـ

وأحق الناس بامساك اللقيط من التقطه ، وليس لحاكم أو لغيره ان يأخذه منه جبرا الا اذا كان هناك ما يدعو لذلك كأن يكون الملتقط غير أهل لحفظه ورعايته .

واذا كان الملتقط أكثر من واحد فأحقهم بامساكه أرجحهم باسلام ، أو حرية ، أو قدرة على الحفظ ، وعند استوائهم فالرأي للقاضي يضعه حيث يرى ، وقال الجعفرية اذا استووا أقرع بينهم .

٤ ـ مركز اللقيط من الحرية والاسلام :ـ

---

(١) المختصر النافع ص ٢٦٣ ، والاحكام الجعفرية ص ٩٢ .

واللقيط حر ولو كان ملتقطه عبدا ، لان الاصل فى الانسان الحرية. ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه ، لانه حر ظاهرا الا أن يقيم البينة علـى دعـــواه .

واللقيط مسلم الا اذا وجد فى قرية او محلة لاهل الذمة وكان ملتقطه ذميا فانه يكون على دين ملتقطه .

وقال الجعفرية : اللقيط فى دار الاسلام حر ، وفى دار الشرك رق ، وهو مسلم ولو كان ملتقطه ذميا ووجد فى مقر أهل الذمة .

واذا وجد اللقيط فى مصر من امصار المسلمين ، أو فى قرية من قراهم فادعى ذمى أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما باتفاق الحنفية والجعفرية (١).

٥ ــ الولاية على اللقيط :ــ

والولاية على اللقيط فى نفسه وماله تكون للحاكم وحده ، وليس للملتقط ولا لغيره ولاية عليه فى ذلك ، فمن التقط لقيطا ووجد معه مالا كان المال ملك اللقيط ، وكان على الملتقط أن يحافظ عليه ، وليس له ان ينفق منه عليه الا باذن من القاضى ، وما ينفقه بغير اذنه يكون متبرعا به الا اذا أشهد أنه سيرجع به عليه . وقال الجعفرية اذا انفق الملتقط من مال نفسه مع امكان الاستعانة على النفقة بالحاكم او المسلمين كان متبرعا ، واذا تعذر الرجوع الى الحاكم والاستعانة بالمسلمين فأنفق من مال نفسه عليه رجع عليه بعد يساره اذا نوى الرجـــوع .

واذا لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من ينفق عليه فنفقته فى بيت مال المسلمين ، واذا مات ولم يعرف وراث فتركته لبيت مال المسلمين .

وللملتقط على اللقيط ولاية التربية والمحافة عليه وعلى ماله ، وله شراء مالا بد له من شرائه كطعام وكسوة ، ويقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه .

---

(١) ذكر فى بدائع الصنائع حـ٦ ص ١٩٩ ان هذا الحكم فيما لو اقر الذمى انه ابنه ولا بينة له ، فان اقام البينة على البنوة ثبت نسب الولد منه ويكون علـــى دينـــه .

ويوجهه الي طلب العلم اولا فان لم تكن له قابلية وجهه الى تعلم حرفة يتكسب منها ، وله أن ينقله الى حيث شاء ما لم يلحقه ضرر من ذلك ، وبالجملة هو أمانة فى يده ، وعليه أن يقوم نحوه بما فيه خيره وصلاحه .

٦ — نسب اللقيط :—

ومن ادعى نسب اللقيط ثبت نسبه منه بدون حاجة الى بينة سواء أكان مدعى نسبه هو الملتقط أم كان المدعى غيره .

واذا ادعاه الملتقط وغيره رجح الملتقط الا اذا أقام غير الملتقط بينة على دعـــواه .

واذا ادعاه اثنان ليس احدهما الملتقط رجح أسبقهما ادعاء الا اذا أقام المتأخر البينة ، واذا أدعياه معا فى وقت واحد رجح من أقام البينة .

واذا لم تكن لهما بينة أو أقاماها كل منهما رجح من ذكر فيه علامة مميزة لان ذكره للعلامة أمارة على أن له يدا سابقة. واذا تساويا ولا مرجح لاحدهما فلا تلغى دعوى النسب ، بل يحكم بنسبه لكل منهما محافظة عليه من الضياع وان كان فى الواقع ليس ابنا لهما جميعا ، ويجب له عليهما ما يجب على الآباء نحو الابناء ، وله حق الارث من كل منهما وذلك كله معاملة للمقر باقراره .

وعند الجعفرية : اذا استوى المدعيان حجة أقرع بينهما ، ويثبت نسبه لمن خرجت عليه القرعة ، ولا ترجيح عندهم بذكر علامة مميزة لاحتمال ان يكون قد ذكرها عن مشاهدة او سماع لا عن سبق يد كما يقول الحنفية .

ولو ادعت اللقيط امرأة ذات زوج ، فان صدقها زوجها أو شهدت له القابلة أو أقامت البينة صحت دعوتها والا لا لما فى ذلك من تحميل النســب على الغير . وان لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة كاملة رجلين او رجـــل وامرأتين ، بخلاف دعوى الرجل فانها تقبل بلا بينة ، لان فى قبولها دفع العار عن اللقيط حيث ينسب الى أب معروف ، وليس ذلك فى دعوى المرأة (١) .

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٣ ص ٣٢٥ .

وقال الجعفرية : اذا ادعت اللقيط امرأة ذات زوج فان صدقها أو أقامت البينة على ولادتها صحت دعوتها وثبت نسبه منها ومن زوجها ، وان لم تكن ذات زوج ، أو لم يصدقها زوجها ولا بينة لها الحق بها خاصة (١) .

هذا — وينبغي أن يعلم أن الحر والعبد ، والمسلم والكافر فى دعوى النسب سواء ولا مزية لاحدهما على الآخر عند استوائهما حجة وهذا مذهب الجعفرية(٢).وقال الحنفية اذا استويا حجة فالحر فى دعوى اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمى ترجيحا لما هو الانظر فى حقه (٣) .

الباب الثانى

« فى : الرضــاع »

الكلام عن الرضاع يتناول ناحيتين مختلفتين (الاولى) ناحية كونه حقا للطفل (والثانية) ناحية كونه سببا من اسباب تحريم النكاح ، وسنفرد لكل من الناحيتين فصلا مستقلا يتناول البحث فيه ما يتعلق بكل ناحية من أحكام وتشريعـــات .

الفصل الاول

« فى : الرضاع الذى هو حق الطفل »

(١) من يجب عليه الرضاع (٢) متى يجب على الام ؟ (٣) الاجرة عليه .

١ — من الذي يجب عليه الرضــاع ؟ : —

من المقرر شرعا أن نفقة الصغير الفقير تجب على أبيه وحده ، والرضاع من قبيل النفقة ، فهو اذا واجب على الاب نحو طفله ، على معنى أنه مكلف شرعا بتهيئة أسبابه من اعداد المرضع ودفع اجرة الرضاعة .

---

(١) الاحكـام الجعفرية ص ٩٤ مادة ٣٦٣ .
(٢) مسـائل الخـلاف حـ٢ ص ١٢ .
(٣) الهداية مع شرحها (فتح القدير) حـ٤ ص ٤٢١ .

أما الام فلا يجب عليها ارضاع طفلها قضاء وان كان يجب عليها ديانة ، فان امتنعت عن ارضاعه بغير عذر فلا تجبر عليه الا فى حالات نذكرها فيما بعد ، وتكون آثمة فيما بينها وبين الله ، وعلى الوالد حينئذ أن يستأجر للطفل مرضعا ترضعه ، وتكون ملزمة بارضاعه فى المدة المتفق عليها وفى المكان المتفق عليه ، فان لم ينص على مكان ارضاعه لزمها أن ترضعه فى بيت حاضنة أما كانت الحاضنة أو غير أم ، وذلك حتى لا يفوت عليها حقها فى الحضانة . وان انتهت المدة المتفق عليها وكان الطفل لا يقبل غير ثديها أجبرت على مد مدة الرضاعة حتى يقبل على ثدي غيرها أو يستغنى عن الرضاعة ، ولها على هذه المدة الزائدة عن العقد أجر المثل .

وليس للاب ان يعطي الطفل لغير امه ان ترضعه اذا رضيت الام بارضاعه لانها أحق به من الاجنبية ، وهذا ما لم يكن غير الام متعينا أو أولى بارضاعه من الام (١) .

٢ ــ متى يجب على الام ارضاع طفلها ؟ : ــ

ويجب على الام ارضاع طفلها وتجبر عليه فى الحالات الثلاث الاتية :

الحالة الاولى ــ اذا لم يكن للطفل ولا لابيه مال يستأجر به مرضعا ، ولم يكن هناك متبرعة بارضاعه .

الحالة الثانية ــ اذا لم يوجد من ترضعه غير امه .

الحالة الثالثة ــ اذا لم يقبل الطفل غير ثدي امه .

ففى هذه الحالات الثلاث تكون الام متعينة لارضاع طفلها ، وتجبر عليه قضاء حتى لا يتعرض للهلاك .

---

(١) يتعين غير الام لارضاع الطفل اذا كان لا يقبل ثدى امه ويقبل ثدى غيرها ، او كانت الام مريضة مرضا معديا يخشى منه على الطفل ، او كان لبنها يضر الطفل ولا يصلح له ، ونحو ذلك كثير ، وتكون الاجنبية اولى من الام فيما لو كانت متبرعة والام تطلب اجرة ، او كانت الاجنبية تطلب اجرا اقل مما تطلب الام .

٣ ــ أجرة الرضاع :ــ

لمرضع اما أن تكون اجنبية أي ليست أما للرضيع ولو كانت ذات رحم محرم له كعمته وخالته ، واما ان تكون اما له • فان كانت أجنبية استحقت أجرة على ارضاعه ، وجاز استئجارها لذلك مدة معلومة على قدر من المال معلوم ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية •

وان كانت أما ، فان كانت زوجيتها لوالد الطفل قائمة ، أو كانت معتدته من طلاق رجعي فلا تستحق على الارضاع اجرة سواء أرضعته مجبرة أو مختارة ، وذلك لقيام زوجيتها ووجوب الارضاع عليها ديانة ، وما هو واجب عليها لا تستحق عليه أجرة • وأيضا فان الذي ينفق عليها حال قيام زوجيتها وحال العدة هو والد طفلها ، فاذا أوجبنا لها عليه أجرة الرضاعة كانت بذلك جامعة بين نفقتين فى وقت واحد ، وليس من حقها أن تجمع بين نفقتين وان تعدد السبب •

وان كانت الام معتدة من طلاق بائن من أبى الطفل ، فالمفتى به من مذهب الحنفية أنها لا تستحق الاجرة اكتفاء بما تأخذه من نفقة العدة ، وفى قول آخر رجحه بعض فقهاء الحنفية أنها تستحق الاجرة لانقطاع زوجيتها بالطلاق البائن •

وان كانت الام مطلقة بائنا او رجعيا من أبيه وانقضت عدتها فانها تستحق الاجرة قولا واحدا ، لانه بعد العدة انقطعت زوجيتها بالكلية وارتفعت نفقتها فتستحق الاجرة ، وفى هذا يقول الله تعالى فى شأن المطلقات

« ••• وان كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » •

وذهب الجعفرية : الى ان الام تستحق اجرة ارضاع طفلها حال قيام الزوجية ، وحال العدة من طلاق رجعى او بائن ، وبعد انقضاء العدة ، وللاب ان يستأجرها لارضاع طفلها منه فى كل هذه الحالات •

هذا ــ وينبغى ان تنبه الى المسائل الاتية :

المسألة الاولى ــ ذا استحقت الام اجرة على ارضاع طفلها ، وتمسكت بحقها ، وكانت هناك اجنبية تقبل ارضاعه بلا اجرة او باجرة اقل مما تطلب الام ، فالاجنبية احق بارضاعه من امه لقوله تعالى (.. لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) ولقوله (.. و ن تعاسرتم فسترضع له اخرى) (١) وعلى الاجنبية فى هذه الحالة ان ترضعه فى بيت الام ان طلبت الام ذلك حتى لا يفوت عليها حقها فى الحضانة .

وقال الجعفرية : لا يجب ارضاعه فى بيت الام بل يسقط حقها فى الحضانة من غير ان تمنع عنه .

المسألة الثانية ــ اذا كانت الام تستحق اجرة على ارضاع طفلها فارضعته قبل الاتفاق عليها ، فانها تاخذ اجرة ما ارضعت ، اجرة المثل ، وذلك لان الله سبحانه رتب استحقاقها الاجرة على الارضاع بصرف النظر عن كونه بعد الاتفاق أو قبله حيث قال (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن) . واقبال الام على ارضاع طفلها قبل عقد استئجارها لارضاعه ليس دليلا على انها متبرعة لانها اقبلت على ارضاعه بدافع من فرط شفقتها عليه وان كانت تريد الاجرة ، اذ ليس من المعقول ان تراه يتلوى جوعا وتتركه بدون ارضاع حتى يتم استئجارها .

أما غير الام فانها لا تستحق اجرة على ارضاعها الطفل قبل استئجارها ، لانه ليس عندها شفقة الام التى تحملها على الارضاع قبل الاتفاق ، فلا يتصور الا ان تكون متبرعة .

المسألة الثالثة ــ لا تستحق الام اجرة رضاع لاكثر من سنتين باتفاق الحنفية والجعفرية ، حتى ولو زاد رضاع الطفل عن ذلك ، لان الشارع جعل تمام الرضاع بتمام حولين حيث قال (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة) .

---

(١) انظر تفسير الجصاص حـ٣ ص ٤٦٣ .

المسألة الرابعة ـ اذا كان للطفل مال فأجرة رضاعه من ماله ولو كان الاب موسرا ، لانها من قبيل النفقة ، ونفقة الصغير الموسر من ماله لا من مال ابيـــــه •

المسألة الخامسة ـ كل موضع تجب فيه اجرة الرضاع تكون دينـــا صحيحا لا يسقط الا بالاداء او الابراء ، ولا يسقط بموت الرضيع ، ولا بموت الابوين او احدهما ، وللمستحقة للاجرة اما او غيرها ان تصالـح عليهـا بمـا تشـاء •

الفصل الثانى

« فى : الرضاع الموجب لحرمة النكاح »

١ ـ تعريف الرضاع ٢ ـ حكمه ٣ ـ مدته ٤ ـ المقدار المحرم منه ٥ ـ حكم لبن الرضاع المخلوط بغيره ٦ ـ لبن الفحل ٧ ـ ما يثبت بـه الرضـــــاع •

١ ـ تعريف الرضـاع :ـ

الرضاع شرعا : هو مص الطفل اللبن من ثدى امرأة فى مدة معينة ، ويلحق بالمص ـ عند الحنفية ـ ايصال اللبن الى جوف الطفل عن طريق الفم او الانف باناء ونحـوه •

وايصال اللبن الى جوف الطفل بواسطة حقنه ، ووصوله اليه لا عن طريق الفم والانف كالامة والجائفة لا تثبت به حرمة على الظاهر من مذهب الحنفيــــــة •

والرضاع عند الجعفرية لا يتحقق الا اذا كان عن طريق امتصاص الطفل ثدى المرضع ، وعليه فاذا اوجر اللبن فى حلقه ، او سعط به ، او حقن فانه لا ينــشر الحرمــــة (١) •

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ ومسائل الخلاف حـ٢ ص ١٢٧ .

٢ ــ حكمـــــــه :ــ

واذا تحقق الرضاع الشرعى اوجب حرمة النكاح ، وصارت المرضعة بالنسبة للرضيع اما من الرضاع ، وصار زوجها الذى نزل لبنها بسببه لــه ابا ، واولادها اخــوة واختها خالــة .. وهكذا .

ورضاع الكبير لا ينشر الحرمة ، وكذا رضاع الصغير بعد مدة الرضاع المقررة شرعا ، وكذا لا تثبت حرمة بين طفلين اجتمعا على غير ثدي ادمية .

ولبن الادمية مطلقا ينشر الحرمة عند الحنفية ، فلبن الثيب ، ولبــن البكر ، ولبن المتزوجة ، ولبن الموطوء بشبهة ، ولبن المزنى بها ، ولبن الميتة اثر موتها ، لبن كل هولاء ينشر الحرمة ، لا طلاق النص المحرم ، ولان اللبن سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية .

وقال الجعفرية : لا بد أن يكون اللبن عن نكاح صحيح أو فاســد او وطء بشبهة ، فلو در لبن المرأة لاعن سبب ، او كان عن زنى فانه لا ينشر الحرمة (١) ، ولبن المرأة اثر موتها لا ينشر الحرمة ولو ارتضع أكثر الرضعات حال الحياة . وتمامهــا بعــد الوفاة (٢) .

هذا ــ وقد ذكرنا فى فصل المحرمات من النساء : أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة ، وذكرنا الاصناف الثمانية التى تحرم بسبب الرضاع ، وبينا أدلة التحريم من الكتاب والسنة والاجماع ، واوضحنا ان هناك مسائل مستثناة من العموم المستفاد من القاعدة (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والمصاهرة) ، ثم عقبنا هذا كله ببيان حكمة التحريم بسبب الرضاعة فأرجع الى ص ٨٠ وما بعدها من الكتاب .

٣ ــ مــدة الرضــاع :ــ

ذهب الامام مالك ، والشافعى ، وأحمد . وأبو يوسف . ومحمد .

---

(١) المختصــر النافع ص ١٩٩ .

(٢) مســائل الخــلاف جـ٢ ص ١٢٧ .

والجعفرية الى أن مدة الرضاع الذي يتعلق به التحريم سنتان من وقت ولادة الطفل (١) ، فكل رضاع فى هذه المدة ينشر الحرمة ، حتى لو أن صبيا فطم واستغنى بالطعام عن اللبن قبل مرور عامين، ثم عاد الى الرضاعة قبل انتهائهما فانه يعتبر رضاعه بعد الفطام وقبل تمام الحولين ناشرا للحرمة أيضا (٢) .

ودليل هوءلاء على الحولين أقصى المدة هو قوله تعالى « ... وفصاله فى عامين » وقوله « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فقد جعل التمام بهما ، ولا مزيد على التمام (٣) ، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحرم من الرضاع الا ما كان فى الحولين » .

وذهب أبو حنيفة الى أن مدة الرضاع الذي يتعلق به التحريم ثلاثون شهرا ، ومن أدلته على ذلك قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ... الى أ نقال فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما » فقوله فان أرادا فصالا الى أخره يفيد ان للابوين الخيا رفى فطام الطفل عقيب تمام الحولين ، فان شاءا فطماه عند تمامهما لاستغنائه عن الرضاعة ، وان شاءا أبقياه على الرضاعة ــ ان كان لم يستغن ــ مدة يتدرج فيها لتحويل غذائه من اللبن الى غيره ، والمدة التى تكفي لذلك هي ستة أشهر ، لانها كفت لتحويل غذائه من دم أمه وهو جنين الى لبنها بعد وضعه لستة أشهر .

---

(١) ذكر صاحب المختصر النافع فى ص ١٩٩ : ان مدة الحولين تراعى فى المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح .

هذا ــ وقد روى عن مالك أن المدة سنتان وشهر ، وفى رواية اخرى سنتان وشهران ، وفى رواية ثالثة مادام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه .

(٢) فى رواية عن ابى حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا عاد ورضع فى المدة وهو غير ظاهر الرواية والفتوى على انه تثبت الحرمة . انظر فتح القدير حـ ٣ ص ٨ .

(٣) فتح القدير حـ ٣ ص ٥ .

ولا يعكر على أبي حنيفة قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) لانه يحمل الآية على أقصى المدة التي تستحق فيها الام أجرة الرضاعة ، لا على أقصى مدة الرضاع التى تستوجب الحرمـــة .

وذهب زفر الى ان مدة الرضاع الذي يتعـــلق به التحريم هي ثلاث سنوات ، واستدل بما استدل به ابو حنيفة ، الا أنه جعل المدة اللازمة لتحول غذاء الطفل من اللبن الى غيره سنة بعد الحولين ، قال الكمال بن الهمـــام : والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة [١].

وهناك أقوال أخرى غير ما تقدم ، أغربها وأبعدها عن الصـــواب أن الرضاع فى أي سن ينشر الحرمة .

والذي نرجحه ونختاره هو القول الاول ، لانه أقوى حجة وأبين دليلا، وأدلة مخالفيه على ما ذهبوا اليه أدلة فيها مقال .

٤ ــ القـــدر المحرم من الرضـــاع :ــ

اختلف الفقهاء فى القدر المحرم من الرضاع على أقوال كثيرة أشهرهـــا ما يلي :

ذهب الحنفية والمالكية الى ان قليل الرضاع وكثيره محرم ، فالمصـــة الواحدة تكفي لنشر الحرمة[٢] ، ودليلهم على هذا قوله تعالى (..وامهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه الصلاة والسلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) حيث جاء لفظ الرضاع فى كل من الآية والحديث مطلقا عن التقييد بكونه كثيرا أو قليلا ، والمطلق يبقى على اطلاقه حتى يثبت ما يقيده ، ولم يثبت عندهم ما يقيد الاطلاق المذكور .

---

(١) فتـــح القـــدير حـ ٣ ص ٥ .

(٢) يشترط فى الرضاع المحرم أن يكون محققا ، فان ادخلت امراة حلمة ثديها فى فم الصغير وشكت فى رضاعه لا تثبت به حرمة ، لان الحل هو الاصل ولا يزول بالشـــك .

وأيضا فقد صح من رواية البخاري وغيره ، أن رجلا تزوج امرأة فجاءت أمة سوداء فذكرت أنها أرضعتها ، فأمر الرسول زوج المرأة أن يدعها دون أن يسأل عن عدد الرضعات ، ولو كان التحريم منوطا بقدر معين وعدد معين لتحرى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قبل ان يأمر بالمتاركة .

وذهب الشافعية والحنابلة فى الراجح من مذهبهم الى ان القدر المحرم خمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا ، ودليلهم على ذلك ما روى عن السيدة عائشة رضى الله عنها ، قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن » .

وأيضا فان علة التحريم هو كون الارضاع ينبت لحم الصغير وينشز عظمه ، ولا يكون ذلك — على الاقل — الا برضاعه يوما كاملا ، وذلك لا يقل عن خمس رضعات .

وذهب الجعفرية الى ان القدر المحرم هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، أو ارضاع يوم وليلة ، أو خمس عشرة رضعة بشرط ألا يفصل بين الرضعات فى الاحوال الثلاث برضاع امرأة أخرى وأن يكون اللبن لفحل واحد ، وفى قول يثبت التحريم بعشر رضعات متوالية ، وهو غير المشهور فى المذهب .

وحد الرضعة عندالجعفرية — ما يروى به الصبي دون المصة. واستدلوا لمذهبهم فقالوا : ان الاصل عديم التحريم ، وما ذكرناه مجمع عليه أنه يحرم ، وما قاله المخالف ليس عليه دليل ، وأيضا اجماع الفرقة الا من شذ منهم ممن لا يعتد بقوله ، وماروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال (الرضاعة من المجاعة) يعني ما سد الجوعة ، وقوله (الرضاع ما أنبت اللحم وشد العظم) ، وما ورد من قول عائشة (كان مما أنزل الله فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ...) قالوا : وقولها بعد ذلك (ثم نسخن بخمس معلومات ... الخ) قولها هي ، ولا خلاف فى أنه لا يقبل قول

الراوي أنه نسخ كذا لكذا الا أن يبين ما نسخه لينظر فيه هل هو نسخ اولا (١) .

وهناك أقوال غير ما تقدم ، والذي نرجحه هو مذهب الحنفية لانه مذهب الجمهور الاعظم من الصحابة والتابعين ، ولان علة التحريم التى أجمع عليها الفقهاء هي انبات اللحم وانشاز العظم الذي يجعل الرضيع بمثابة الجزء من المرضع ، ولا شك أن هذا لا يكون بمصة واحدة كما أنه لا يتوقف على أن تكون الرضعات خمسا ، أو عشرا ، أو خمس عشرة . بل قد يتحقق انبات اللحم وانشاز العظم برضعة واحدة مشبعة ، ومعنى هذا أن شبهة البعضية الحاصلة بنشوز العظم وانبات اللحم وهي علة التحريم أمر خفي غير منضبط ، ومن المقرر عند الاصوليين أن علة الحكم اذا لم تكن ظاهرة منضبطة ربط الحكم بما هو مظنه لتلك العلة مما هو ظاهر منضبط ، وهو فيما معنا مطلق الرضاع الصادق بمصة واحدة قد يكون لها دخل فى تكوين جسم الرضيع ، ونظير هذا المسافر يقصر الصلاة لعلة هي المشقة ، والمشقة أمر لا ينضبط لاختلافها باختلاف الاشخاص والاسفار ، فلذا ربط الحكم شرعا بمظنة العلة وهي سفر المسافة المعينة المنضبطة المقدرة بثلاثة أيام بلياليها .

٥ ــ حكم لبن الرضاع المخلوط بغيره :ــ

اذا خلط لبن المرأة بغيره فاما ان يخلط بلبن امرأة أخرى ، واما ان يخلط بسائل غيره كماء ودواء ولبن شاة ، واما ان يخلط بجامد مطعوم ، ولكل حالة حكمها :

فاذا خلط لبن امرأة بلبن امرأة اخرى تعلق التحريم بالغالب منهما وحده ، وعند التساوي يتعلق التحريم بهما ، وهذا مذهب أبي يوسف ، وهو مروى عن ابى حنيفة . وقال محمد ــ وهو رواية اخرى عن ابى حنيفة ــ ان التحريم يتعلق بهما معا لا فرق بين غالب ومغلوب ، وذلك لان لبن المرأتين

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ٩٧ ، والمختصر النافع ص ١٩٩ ، ومسائل الخلاف جـ ٢ ص ١٢٦ ــ ١٢٧ .

من جنس واحد ، وعند اتحاد الجنس لا يتلاشى احدهما فى الآخر لاتحاد المقصود منهما ، وهذا الرأي أظهر مما ذهب اليه أبو يوسف وأرجح •

واذا خلط لبن امرأة بسائل كالماء والدواء ولبن الحيوان فالعبرة بالغلبة فان كان لبن المرأة غالبا تعلق به التحريم ، وان كان مغلوبا لا يتعلق به التحريم (١) ، لانه مع اختلاف الجنس يتلاشى الاقل فى الاكثر — وهذا الحكم باتفاق فقهاء الحنفية •

واذا خلط لبن امرأة بجامد مطعوم ، فان طبخ على النار فلا يتعلق به تحريم — باتفاق الحنفية — غالبا كان اللبن أو مغلوبا ، لان الطبخ بالنار أخرج اللبن عن طبعه • وان لم يطبخ بالنار فلا يتعلق به تحريم أيضا عند أبى حنيفة ، غالبا كان اللبن او مغلوبا ، لان الطعام وان قل يسلب قوة اللبن فلا تقع الكفاية به فى تغذية الصبى ، فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة • وعند غلبة الطعام الامر واضح • وقال ابو يوسف ومحمد اذا لم يطبخ على النار فالعبرة بالغالب ، والحاق المغلوب بالعدم أصل فى الشرع •

واذا جعل لبن المرأة مخيضا ، أو رائبا ، أو جبنا ، أو أقطا ، أو نحو ذلك فلا يتعلق به تحريم باتفاق فقهاء الحنفية ، لان اسم الرضاع لا يقع على تناول هذه الاشياء ، وهي مع ذلك لا تنبت لحما ولا تنشز عظما ، ولا تكفي غذاء للصبي (٢) •

واذا علمت أن مذهب الجعفرية لا يرى الرضاع المحرم الا ما كان عن طريق التقام ثدى المرضع علمت بالضرورة أن كل هذه الصور التى ذكرها فقهاء الاحناف لا تكون رضاعا ، ولا يترتب عليها تحريم •

---

(١) تعتبر الغلبة بالاجزاء اذا خلط لبن المرأة بلبن حيوان او بماء ، وتعتبر بتغير اللون والطعم اذا خلط بنحو دواء ، وقيل يكفى فى اعتبار الغلبة تغير احدهما •

(٢) انظر بدائع الصنائع حـ ٤ ص ٩ ، ١٠ •

٦ ـ حكم لبن الفحل :ـ

المراد بالفحل هنا هو صاحب اللبن ، أي من در لبن المرأة بسببه ، فمن دخل بامرأة بناءً عن عقد صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة فجاءت منه بولد ودر لها لبن كان ذلك الرجل هو صاحب اللبن .

اذا عرفت هذا فهل تثبت بهذا اللبن حرمة بين الرضيع وصاحب اللبن وهو زوج المرضع مثلا ، أو لا تثبت ؟ خلاف :

ذهب بعض الصحابة وبعض التابعين ـ وهو رأي ضعيف عند الشافعية ـ الى أن لبن الفحل لا ينشر الحرمة بينه وبين الرضيع ، فمن ارضعت طفلة حل لزوجها صاحب اللبن أن يتزوج من هذه الطفلة ، أو من احدى اصولها أو فروعها ، وحجتهم على ذلك أن الحرمة التى تكون بين الولد وامه رضاعا سببها ان لبن المرضعة كان له دخل فى تكوين جسم الولد حتى صار بمثابة الجزء منها ، وهذا المعنى لا وجود له فى جانب الرجل حتى تكون بينه وبين الرضيع حرمة .

وذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين ، وأصحاب المذاهب الاربعة ، والجعفرية الى ان لبن الفحل ينشر الحرمة بين الرضيع وزوج مرضعته الذى كان سببا فى در لبنها ، فمن ارضعت بنتا لبنها الذى در بسبب زوجها كان زوجها أبا لهذه البنت رضاعا فتحرم عليه وعلى اصوله وفروعه ، وحجة اصحاب هذا الرأي ما صح من ان السيدة عائشة رضى الله عنها قالت: دخل علي أفلح (وكانت عائشة قدر ضعت من امرأة أخيه أبي القعيس) فاستترت منه ، فقال اتستترين منى وأنا عمك ؟ قلت : من أين ؟ قال : ارضعتك امرأة أخي ، قلت انما ارضعتنى المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال : انه عمك فليلج عليك .

فهذا الحديث يدل دلالة صريحة على أن لبن الفحل ينشر الحرمة بينه وبين الرضيع ، كما ينشرها بين الرضيع ومن ارضعته ، وقد افتى ابن عباس

بهذا حين سئل عن رجل له امرأتان ، فأرضعت هذه غلاما ، وهذه جارية ، هل يصلح للغلام ان يتزوج الجارية ؟ ، فقال : لا ، اللقاح واحد .

•• ولكن مع اتفاق الحنفية والجعفرية على أن لبن الفحل ينشر الحرمة نجدهم — أحيانا — يختلفون فى التطبيق ، فالجعفرية يغلبون جانب الفحل على جانب المرأة ، ويشترطون للتحريم بين الرضيعين أن يكون صاحب اللبن الذى رضعاه واحدا ، وفرعوا أحكامهم على هذا فقالوا : يحرم الصبيان يرتضعان بلبن فحل واحد ولو اختلفت المرضعتان ، ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل اخر وان اتحدت المرضعة (١) .

والحنفية لا يغلبون جانب الفحل على جانب المرأة ، ولا يشترطون للتحريم بين الرضيعين أن يكون صاحب اللبن الذى رضعاه واحدا ، وفرعوا أحكامهم على هذا فقالوا : لو رضع غلام وجارية من امرأة واحدة ، غير أن الغلام رضع من لبنها لرجل ، والجارية رضعت من لبنها لرجل اخر ، فانه لا يحل زواج الغلام من الجارية ، لانهما أخوين من الرضاعة لام ، ونظير هذا من النسب لا يحل والرسول عليه الصلاة والسلام يقول (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) .

وحرم الجعفرية على المرتضع أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، واولاد المرضعة ولادة لا رضاعا (٢) . وعند الحنفية يحرم على المرتضع أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا ، وأولاد المرضعة ولادة ورضاعا أيضا .

وحرم الجعفرية على أبي المرتضع نسبا أن يتزوج من اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا، لانهم فى حكم ولده(٣). وأباح الحنفية ذلك ، لان أبا المرتضع نسبا اجنبى عن اولاد صاحب اللبن بالكلية .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .
(٢) المختصر النافع ص ١٩٩ ، وانظر الاحكام الجعفرية ص٩٧ مادة٣٧٦
(٣) المختصر النافع ص ١٩٩ .

وحرم الجعفرية على صاحب اللبن أن يتزوج اخت المرتضع بلبنه مطلقا أي ولو كانت لم ترتضع بلبنه، لان اخوة المرتضع صاروا بمنزلة اولاده(١). واباح الحنفية لصاحب اللبن ان يتزوج من اخت المرتضع ما دامت لم ترضع من لبنه ولم تكن محرمة عليه لسبب اخر ، وذلك لانه اجنبى عنها وليس ابا لها لا من الرضاع ولا من النسب .

٧ ـ ما يثبت بـه الرضاع :ـ

يثبت الرضاع بواحد من أمرين: الاقرار، او البينة. واليك البيان :

أولا ـ الاقـرار :

اذا أقر شخص بثبوت الرضاع المحرم بينه وبين امرأة ، كأن قال هي اختي من الرضاع فاما ان تصدقه المرأة فى اقراره واما ان تكذبه، فان صدقته وكان ذلك قبل الزواج منها ثبتت الحرمة بتصادقهما ، ولا يحل لهمـا أن يتزوجا بحال ، وان كان بعد زواجهما وجب أن يتفرقا والا فرق القاضـى بينهما ، وكذلك الحكم فيما لو أقرت المرأة وصادقها الرجل .

واذا اقر الرجل وكذبته المرأة ، فان ثبت الرجل على اقراره وكان لم يعقد عليها لا يحل له ان يعقد عليها ، وان كان بعد العقـد وجب عليـه ان يفارقها والا فرق القاضى بينهما ، وان أقر ورجع عن اقراره جاز له أن يعقد عليها ان كان اقراره ورجوعه قبل العقد، وان كان قد عقد عليها فأقر بالرضاع المحرم ثم رجع عنه بقى العقد على حاله ، وذلك لان أمر الرضاع مما يخفى فيغتفر فيه التناقض ، فلعله أقر أولا بالرضاع عن اخبار أفاده ظنا ، ثم يتبين لم كذب المخبر .

واذا أقرت المرأة وكذبها الرجل فان كان ذلك قبل الزواج واصرت على اقرارها فلا يحل لها أن تتزوج منه ، وان رجعت عن اقرارها حل لها ذلك لما قلناه من أن التناقض فى أمر الرضاع مغتفر ، وان كان اقرارها بعـد

---

(١) مسـائل الخـلاف حـ ٢ ص ١٢٥ .

الزواج بقى الزواج على حاله ، ولا يلتفت لاقرارها مهما أصرت عليه ما دام الزوج يكذبها ، لانها متهمة فى هذا الاقرار ، فلعلها أقرت بذلك كذبا وزورا لتتمكن من الخلاص من زوجها بادعائها الرضاع الذى يحرمها عليه ، وهذا بخلاف اقرار الرجل بعد العقد فانه يقبل ولو كذبته المرأة لانه يملك الخلاص منها بطلاقها فلا يكون متهما مثلها ، ولهذا لو كان أمر الطلاق بيـد المرأة صدقت فى اقرارها لعدم التهمـة .

ثانيـا ـ البينـة :

ويثبت الرضاع بشهادة كاملة وهي رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان عدول ، ولا يثبت بشهادة النساء وحدهن ، وهذا باتفاق الحنفية والجعفرية. ولا يشترط لصحة الشهادة تقدم الدعوى لتضمنها حق الله ، وعلى هذا فلو ادعى شخص على زوجين أنهما أخوين من الرضاع وأقام البينة على ذلك ، أو قامت البينة دون سبق دعوى ثبتت أخوتهما وفرق القاضى بينهما .

وانما اشترطنا أن تكون البينة كاملة ، لان دعوى الرضاع المحـرم تتضمن ابطال حق الغير ، وكل دعوى تتضمن ابطال حق الغير لا بد لثبوتها ـ عند الانكار ـ من بينة كاملة ، ومما يشهد لهذا أن عمر بن الخطاب أتى بامرأة شهدت على رجل وامرأته أنها أرضعتهما فقال : لا حتى يشهد رجلان ، أو رجل وامرأتان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم عليه.

بقى بعد هذا أنه قد يشهد على الرضاع من لا يبلغون نصاب الشهادة كرجل واحد أو رجل وامرأة ، أو امرأتين ، أو امرأة واحدة ، وقد يشهد من يبلغون نصاب الشهادة ولكنهم غير عدول ، فهل ترد هذه الشهادة بالكلية ولا يلتفت اليها أصلا ، أو تقبل ويلتفت اليها الى حد ما ؟

الفقه فى هذه المسألة أن هذه الشهادة ـ مع الانكار ـ لا يلتفت اليها من ناحية القضاء ، ولا يبنى عليها تفريق بين زوجين لقصور البينة عن اثبات دعـوى الرضـاع .

أما من ناحية الديانة ، فانه يؤخذ بهذه الشهادة وعلى الزوجين أن يفترقا تنزها وتورعا عن شبهة أورثتها شهادة قاصرة ، وقد تكون صادقة فى الواقع ونفس الامر ، وموضوع الزواج اولى أن يؤخذ فيه بالاحوط ، ومما يشهد لهذا ما رواه البخاري وغيره عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيي بنت ابى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد ارضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عني ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما فنهاه عنها ، وفى رواية قال له : دعها عنك .

فأعراض النبي صلى الله عليه وسلم عن السائل اول الامر يفيد ان شهادة المرأة لا تحتم الفرقة أو التفريق ، والا لفرق الرسول بينهما بمجرد ذكر عقبة له خبر الامة ولم يعرض عنه اذ الاعراض — كما يقول الكمال بن الهمام — قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ، ففيه تقرير على المحرم .

وقول النبى صلى الله عليه وسلم لعقبة بعد ما أعاد عليه المسألة (كيف وقد زعمت) يفيد أنه كره له أن يبقى معها بعد ما ذكر من امر الرضاعة ، ومعنى هذا أن عليه أن يتركها تنزها واحتياطا ، وليس معناه الحكم الملزم للترك . وقد نقل عن علي رضى الله عنه ما يشهد لهذا ، فقد ورد أن رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة تزعم أنها ارضعتهما فسأل الرجل عليا فقال له : هي امرأتك ليس لاحد أن يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل ، وسأل ابن عباس عن ذلك أيضا فقال له مثل ما قال علي رضى الله عنه (١) .

---

(١) راجع بدائع الصنائع حـ ٤ ص ١٤ ، ١٥ ، وفتح القدير حـ ٣ ص ١٩ ، ٢٠ ، وواقعات المفتين ص ٢٧ ، ٢٨ .

الباب الثالث

« فى : الحضانـة »

١ — تعريفها ٢ — من له حق الحضانة ٣ — شروط أهلية الحضانة ٤ — الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة ٥ — مكان الحضانة ٦ — الاجرة عليها ٧ — مدتها ٨ — ما بعد الحضانة :

١ — تعريف الحضانة :—

لحضانة لغة : ضم الشيء الى الحضن وهو الجنب[١]، تقول حضنت الشيء واحتضنته اذا ضممته الى جنبك ، وحضنت الام ولدها اذا ضمته الى جنبها او صدرها ٠

وشرعا : لتزام الطفل للقيام على تربيته واصلاح شأنه ممن له حق تربيته فى سن معينة لا يستطيع أن يستقل فيها بشأن نفسه ٠

٢ — من له حق الحضانة :—

الطفل فى أول أدوار حياته بحاجة ماسة الى من يقوم باعداد طعامه ، وتهيئة ملبسه ، وتعهده فى يقظته ونومه ، وتدبير ما يحتاج اليه فى شأنه كله٠ وأقدر الناس وأصبرهم على هذه المهمة النساء لما جبلن عليه من عطف وشفقة ، وأصلح النساء قياما بتربية الطفل وأخلصهن عناية بشأنه أمه ، لان الام بطبيعتها أحنى على وليدها وأشفق ، وأرحم به وأرفق ، وهذه حقيقة لا يشك فيها عاقل ، ولا يمارى فيها الا مكابر ، ولهذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقضى أصحابه من بعده بأن الام أحق بولدها ما لم يكن هناك مانع ، فقد روى أن امرأة قالت : يارسول الله ، ان ابنى هذا كان بطنى له وعاءً ، وحجرى له حواءً ، وثديي له سقاءً ، وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال عليه السلام : أنت أحق به ما لم تتزوجي (٢) ٠

---

(١) جاء فى القاموس : الحضن بالكسر مادون الابط الى الكشح او الصدر والعضدان وما بينهما وجانب الشى وناحيته ٠

(٢) الهداية (بأصل فتح القدير) حـ ٣ ص ٣١٤ ٠

وروى ابن ابى شيبة عن عمر : أنه طلق أم عاصم ، ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا الى أبى بكر ، فقال له : مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه ، وفى رواية أخرى : ريقها خير له من شهد وعسل عندك عند ياعمر ، قاله والصحابة حاضرون متوافرون (١) .

فاذا لم تكن للصغير أم بأن ماتت ، أو كانت له أم ولكنها ليست أهلا لحضانته ، انتقلت حضانته الى محارمه من النساء الاقرب فالاقرب ، فأم الام — أولا — وان علت ، ثم أم الاب وان علت ، ثم الاخت الشقيقة ، ثم الاخت لام ، ثم الاخت لاب ، ثم بنت الاخت الشقيقة ، ثم بنت الاخت لام ، ثم الخالة الشقيقة ، ثم الخالة لام ، ثم الخالة لاب ، ثم بنت لاخت لاب ثم بنت الاخ الشقيق ، ثم بنت الاخ لام ، ثم بنت الاخ لاب ، ثم العمة الشقيقة ، ثم العمة لام ، ثم العمة لاب ، ثم خالات الام ، ثم خالات الاب ، ثم عمات الام ، ثم عمات الاب ، بتقديم الشقيقة ، ثم التى لام ، ثم التى لاب .

فان لم توجد واحدة من محارمه ، أو وجدت ولكنها ليست أهلا للحضانة انتقلت حضانته الى عصبته من الرجال مطلقا ان كان الطفل ذكرا ، والى عصبته من الرجال المحارم ان كان الطفل انثى ، ويرتبون على حسب تربيتهم فى الميراث فالاب أولا ، ثم الجد أبو الاب وان علا ، ثم الاخ الشقيق ، ثم الاخ الاب ، ثم ابن الاخ الشقيق ، ثم ابن الاخ لاب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لاب ، ثم عم الاب الشقيق ، ثم عم الاب لاب ، ثم يلي هوءلاء بالنسبة للذكر خاصة ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لاب ، وليس لواحد من هذين حضانة ابنة عمه ، لانه لو حضنها لبقيت عنده الى ان تبلغ حد المراهقة ، وحينئذ تكون بعرض الوقوع فى الفتنة (٢) .

---

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ٣١٤ .

(٢) اذا لم تكن للصغيرة الا ابن عمها تخير لها القاضى ما يراه صالحا ، فان كان ابن عمها صالحا مأمونا ضمها اليه ، والا فعليه أن يسلمها لامرأة ثقة مأمونة .

فان لم يوجد عاصب مطلقا بالنسبة للطفل الذكر ، ولا عاصب محرم بالنسبة للانثى ، او وجد ولكنه ليس أهلا للحضانة ، انتقلت حضانة الطفل الى محارمه من الرجال غير العصبة وهم ذووا الارحام ، ويبدأ بالاقرب فالاقرب ، فالجد أبو الام أولا ، ثم الاخ لام ، ثم ابن الاخ لام ، ثم العم لام ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لاب ، ثم الخال لام .

فان لم يوجد محرم من ذوي رحمه انتقلت حضانته الى أقربائه من غير المحارم مع مراعاة ألا يكون للرجال حق فى حضانة الاناث ، ولا للاناث حق فى حضانة الذكور ، لما ذكرناه من خشية الفتنة .

والخلاصة : ان الحضانة تكون للمحارم من النساء أولا ، ثم للعصبة من الرجال مطلقا بالنسبة للذكر ، وبقيد كونه محرما بالنسبة للانثى ، ثم للمحارم من ذوي الارحام ، ثم لذوي الارحام غير المحارم .

واذا لم يوجد للصغير أو الصغيرة من يقوم بحضانته من أقربائه تخير القاضى له من يثق بأمانته وصلاحه ووضعه عنده رجلا كان المتخير أو امرأة .

ثم انه اذا وجد أكثر من مستحق للحضانة من الرجال أو من النساء وكانوا جميعا فى درجة واحدة وقوة واحدة كثلاثة أعمام أشقاء ، أو ثلاث أخوات لام ، قدم أصلحهم لتربية الطفل ، فان تساووا فى الصلاح فأورعهم ، فان تساووا فيه أيضا فأسنهم ، لان الاسن فى العادة أكثر تجربة وأعرف بما فيه خير الصغير (١) .

واذا كان للصغير أخوان أحدهما مسلم ، والآخر كتابي على دين الصغير فأحقهما بحضانته من هو على دينه — هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية الى أن الام أحق بحضانة الولد الذكر مدة الرضاع ، واذا انقضت مدة الرضاع فالاب أحق به ، فان مات الاب أو كان غير أهل للحضانة فالام أحق به من الوصى . والام أحق بالبنت الى سبع سنين وبعدها

---

(١) البحر الرائق حـ ٤ ص ١٦٩ .

يكون الاب أحق بها (١) ، فاذا ماتت الام أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقهـا الى الاب ، فان لم يكن أو كان ليس أهـلا للحضـانة فلجـدات الصغير واجداده واخوته وأخوانه ، ويقدم الجد للاب على غيره ، وتقـدم الاخت الشقيقة على الاخت لاب ، ثم لاولاد الاخوة والاخوات بتقديم بنت الاخ والاخت للابوين عليها لاب، ثم لخالات الصغيروأخواله وعماته وأعمامه، وتقدم الخالة والعمة لابوين على الخالة والعمة لاب ، ثم لاولاد الاعمـام والاخوال ثم لخالة الام وخالة الاب وعمتها وعمته ... وهكذا .

واذا لم يوجد محرم مستحق للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها يسلم الطفل لذي رحم غير محرم كبنات العم والعمة والخال والخالة فان لم يكن أرحام فيدفع الى الوصى، فان لم يكن وصى فعلى الحاكم أن يسلمه الى ثقة(٢).

واذا تساوى المستحقون للحضانة فى درجة واحدة ، وكانوا جميعـا أهلا لها يقرع بينهم ، ولا يراعى الترجيح بكون أحدهم أورع أو أكبر سنا ، وفى قول تقدم الانثى ويقرع بين المتساوين فى الذكورة والانوثة (٣) .

٣ — شـروط أهليـة الحضانـة :ـ

ولا يثبت حق الحضانة لواحدة من محارم الصغير أما كانت أو غير أم الا اذا كانت أهلا للحضانة ، وذلك بتوفر الشروط الاتية :

---

(١) قال فى مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٣٢ : اذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فان كان طفلا لا يميز فهى أحق به بلا خلاف ، وان كان طفلا يميز وهو اذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فما فوقها الى حد البلوغ فان كـان ذكرا فالاب أحق به ، وان كان انثى فالام أحق بها ما لم تتزوج ، فان تزوجت فالاب احـق بهـا .

(٢) يراجع فى هذه المسألة الاحكام الجعفرية المواد ٣٨٤،٣٨٦،٣٩١ ص ٩٩ وما بعدها ، وانظر مسائل الحضانة فى باب النفقات من كتاب مسائـل الخلاف حـ ٢ ص ١٣٢ — ١٣٣ فقد جاء فى المسألة رقم ٤١ أن الاخت من الاب أولى بالحضانة من الاخت لام ، وفى المسألة رقم ٤٢ أن الجدات أولى بالولد من الاخوات ، وذكر فى المسألة رقم ٤٧ أن العمة والخالة اذا اجتمعتا تساويتـا وأقرع بينهما ، وفى المسألة رقم ٤٩ أن أم الاب والجد متساويان .

(٣) الاحكام الجعفريـة ص ١٠٠ مادة (٣٨٥) .

١ ــ أن تكون حرة ، لان الامة تشغل بخدمة سيدها عن خدمة الصغير .

٢ ــ أن تكون بالغة ، لان من دون البلوغ بحاجة الى من يقوم بشأنها فكيف تقوم بشأن غيرها ؟ .

٣ ــ أن تكون عاقلة ، لان غير لعاقلة لا تؤمن على الصغير ويخشى عليه منهـا .

(٤) أن تكون قادرة على تربيته وتدبير مصالحه ، فلو كانت عاجزة عن ذلك لنحو عمى أو مرض أو شيخوخة فلا تكون أهلا للحضانة .

(٥) أن تكون أمينة على الصغير ، فان كانت فاسقة مستهترة بحيث يخشى منها على خلق الصغير ، أو كانت تكثر الخروج من البيت لاي سبب بحيث يؤدي ذلك الى اهماله وضياعه فلا تكون أهلا لحضانته .

(٦) أن تكون غير متزوجة ، أو متزوجة من ذي رحم محرم للصغير كعمه ، فان كانت متزوجة من غير ذي رحم محرم له فلا تكون أهلا لحضانته لان زوجها الذي لا يمت للصغير بقرابة محرمية يغلب عليه عادة كراهية الطفل وعدم العطف عليه .

وقال الجعفرية : يشترط ألا تكون متزوجة ولو بمحرم للصغير ، ولا فرق فى ذلك بين الام وغيرها الا أن الام لا يسقط حقها بالتزويج اذا لم يكن للطفل أب ، وهي أولى به من جده (١) .

(٧) ألا تقيم به عند من يبغضه ولو كان قريبا له ، لما فى امساكه عند المبغض له من الاذى والضياع .

وقال الجعفرية : لا يضر امساكها له فى بيت المبغضين له بعد أن تكون قادرة على صيانته .

---

(١) انظر الاحكام الجعفرية مادة ٣٨٢ ، ٣٨٣ ص ٩٩ . وقد جاء فى مسائل الخلاف حـ٢ ص ١٣٢ انه (اذا تزوجت الام سقط حقها من حضانة الولد) ولعله لا يريد الاطلاق بل يقيده بحالة وجود الاب .

(٨) ألا تكون مرتدة ، لان المرتدة تحبس الى أن تتوب أو تموت ، فلا تصلح لان تكون حاضنة .

ولا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والطفل أما كانت الحاضنة أو غير أم ، فلو أن مسلما تزوج مسيحية فجاءت بولد ذكر أو أنثى ، ثم طلقها ، فالولد يكون مسلما تبعا لابيه ، ويثبت لامة المسيحية حق حضانتـه ، لان أمر الحضانة يقوم على الشفقة ، وشفقة الام أو الاخت مثلا لا تختلف باختلاف الدين ، فيثبت لها حق الحضانة الى نهاية مدتها الا اذا خيف على الصغير أن يتأثر بدينها ، أو أن تسلك به غير سبيل المسلمين ، كأن تذهب به الى الكنيسة أو تطعمه لحم خنزير أو تسقيه خمرا ، فحينئذ ينزع منها ويسلم لمن له حق الحضانة بعدها .

واذا انتقل حق الحضانة الى الرجال لعدم وجود حاضنة من محـارم الطفل فانه لا يثبت هذا الحق الواحد من محارمه الرجال عاصبا كان أو غير عاصب الا اذا كان أهلا للحضانة وذلك بتوفر الشروط الآتية :

(١) أن يكون حرا (٢) بالغا (٣) عاقلا (٤) قادرا على تدبير مصـالح الصغير (٥) أمينا على تربيته (٦) متحدا معه فى دينه ، وذلك لان حق الرجال فى الحضانة مبني على التوارث ، ولا توارث الا مع اتحاد الدين ، وعلى هذا فلو كان الصغير مسلما فلا تكون حضانته لقريبه المسيحى ، ولو كـان مسيحيا فلا تكون حضانته لقريبه المسلم ، وانما يحضن المسلمُ المسلمَ ، ويحضن المسيحيُ المسيحيَ واليهودي والمجوسى لان كل الاديان غير الاسلام تعتبر دينا واحدا ــ وقال الجعفرية : الذمية أحق بحضانة ولدها الكافر ، ولا حضانة للكافرة على ولدها المسلم ، اذ يخشى عليه أن يألف غير ديـن الاســلام .

هذا ــ ومن سقط حقه فى الحضانة لسبب من الاسباب ثم زال السبب عادله حقه فيها باتفاق الحنفية والجعفرية .

٤ ـ الحضانة حق الطفل وحق الحاضنـــة :ـ

اختلف الفقهاء فى الحضانة ، هل هي حـــق الحاضنة أو حق الطفـــل ؟ فمنهم من قال : انها حق الحاضنة وحدها ، وفرعوا على هذا أن لها الحق فى أن تتنازل متى شاءت ، وأنها لا تجبر عليها اذا امتنعت • ومنهم من قال : انها حق الطفل وحده ، وفرعوا على هذا أن الحاضنة لا تملك التنازل عن الحضانة وأنها تجبر عليها اذا امتنعت •

والصحيح ان الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والطفل ، فالام مثـــلا لها حق حضانة طفلها ما دامت أهلا لذلك ، وليس لاحد أن يسلبها هذا الحق وان كان لها أن تتنازل عنه لمحرم أخرى تصلح لحضانته •

والولد له حق أن يحضن وتتولاه محرم تقوم على تربيته ، ولا تتعين محرم بذاتها عند تعدد محارمه ، لان حقه أن يحضن لا على أن تكون حضانته عند امرأة بعينها ، فان لم يكن من محارمه الا امرأة واحدة تصلح لحضانته كانت هي المتعينة حتى لا يضيع الصغير •

واذا ثبت أن الحضانة حق الطفل وحق الحاضنة تفرع على حق الطفل فيها ما يأتي :

(١) ليس للام أن تخالع زوجها على أن تترك حضانة ولدها ، فان فعلت ذلك صح الخلع وبطل الشرط فتبقى حضانة الصغير لها ، لان الحضانة حـــق للصغير وهي لا تملك التصرف فى حقه وان كان لها حق معه •

(٢) ليس للام أن تصالح زوجها على أن تترك حضانة ولدها منه ، وذلك كأن يكون لزوجها دين عليها فتصالحه على أن تترك حضانة الولد فى نظير ما عليها من دين • وكذلك الحكم بالنسبة لغير الام • وللحاضنة أما أو غيرها أن تصالح على أجرة الحضانة لانها خالص حقها •

(٣) اذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها حتى لايفوت على الطفل حقه •

ويتفرع على حق الحاضنة فى الحضانة ما يلي :

(١) اذا كانت مرضعة الصغير غير حاضنته ، وجب عليها ارضاعه عند الحاضنة اما كانت الحاضنة أو غير أم حتى لا يفوت حقها فى الحضانة .

٢ — ليس للاب ولا لغيره أن ينقل الطفل الى بلد غير البلد الذي تقيم فيه حاضنته ، لان فى نقله تفويت حقها فى الحضانة .

٣ — ليس للاب ولا لغيره أن ينزع الطفل من حاضنته ليعطيه لحاضنة أخرى تليها فى حق الحضانة الا لسبب مشروع ، لان نزعه منها لغير مبرر تفويت لحقها فى الحضانة .

٥ — مكان الحضانة :—

الحاضنة اما أن تكون أم الطفل ، واما أن تكون غير أمه ، فان كانت أمه وكانت زوجيتها لوالد الطفل قائمة ، أو كانت معتدة من طلاقه الرجعي أو البائن كانت حضانتها للطفل فى بيت الزوجية ، وليس لها أن تسافر به الى مكان ما قريب أو بعيد ، وذلك لانها وهي زوجة ليس لها أن تخرج الا باذن زوجها ، فله أن يحول بينها وبين خروجها من بيته فضلا عن سفرها بولدها ، وكذلك ليس لها — وهي معتدة — أن تسافر بالطفل أو تنتقل به من بيت الزوجية ، لانه يجب عليها أن تقر فى بيت مطلقها ولا تخرج منه ولو أذن لها ، لان قرارها فى البيت حق الشارع .

واذا كانت الحاضنة أم الطفل ، وكانت زوجيتها قد انقطعت بخروجها من العدة فلها أن تنتقل بالطفل الى وطنها الذي تزوجها فيه ، قريبا كان أو بعيدا ، مصرا كان أو قرية ، وذلك لان انتقالها الى وطنها الذي يقيم فيه أهلها والذي تزوجها فيه ، فيه مصلحتها وبالتالي فيه مصلحة الولد ، وليس فى ذلك عدوان على الوالد بابعاد ولده عنه ، لان رضاه بالعقد عليها فى بلدها معناه — كما يقول الفقهاء — رضى منه لنفسه ولزوجه ولولده بالاقامة فيه .

أما انتقالها الى غير وطنها ولو كان العقد فيه ، أو الى وطنها وقد كان

العقد عليها فى غيره ، فليس لها حق فيه الا اذا كان البلد الذي تريد النقلة اليه مصرا قريبا بحيث يستطيع أبو الطفل أن يذهب لزيارته فيه ثم يعود الى بلده قبل أن يدركه الليل ، فان كان البلد الذي تريد النقلة اليه مصرا بعيدا ، أو قرية بعيدة أو قريبة ، فليس لها حق النقلة بالطفل الا باذن من أبيه — هذا مذهب الحنفيـــة .

وقال الجعفرية : ليس للام المطلقة أن تسافر بالولد الحاضنة له قبل انقضاء العدة ولا بعدها من مصر الى مصر ، ولا من قرية الى مصر ، ولا من قرية الى قرية ، اذا كان ذلك ضررا على الولد أو الوالد ، وان لم يتضـرر أحدهما بذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه مدة حضانتها له ولو كان ما تريد الانتقال اليه بعيدا عن محل اقامته ، اذ حق الحضانة مختص بها وليس مشتركا بينها وبين الاب . ونقل عن أبي جعفر الطوسي أنـــه : ليس لها الانتقال بالولد الى محل تقصر فيه الصلاة ، ولا الانتقال به مـن مصر الى قرية لان فى السواد يقل تعليمه (١) .

واذا كانت الحاضنة غير الأم كالأخت والعمة والخالة فانه لا يكون لها حق النقلة بالطفل مطلقا الا باذن من أبيه أو وليه ، وهذا باتفاق الحنفيـــة والجعفرية .

بقي بعد هذا أن نبين حكم انتقال الوالد بولده ، والنفقة فى هذه المسألة ان الحضانة ما دامت ثابتـــة للام أو لغـيرها من محـــارم الطفـــل فليس تقيم فيه ولو كان مصرا قريبا ، لان فى ذلك تفويتا لحقها فى الحضانة .

أما اذا لم يكن للطفل حاضنـــة ، أو كانت له حاضنة زالت أهليتهـــا للحضانة فانه يكون للاب أو الولي الحق فى أن ينتقل به الى حيث شاء ، أو الى حيث تقيم من صـــار اليهـــا حق الحضانة .

هذا — ولا يحال بين الام ورؤية ولدها ان كانت حضانته لغيرهـــا ،

---

(١) الاحكام الجعفرية المادة ٣٩٣ ص ١٠٢ .

كما أنه لا يحال بين الاب ورؤية ولده ان كانت حاضنته لا تقيم معه . ولا يجبر من عنده الولد على أن يرسله الى أبيه أو أمه لرؤيته ، وانما عليه أن يبرزه الى مكان تسهل فيه رؤيته .

٦ ـ أجرة الحضانة :ـ

اذا كانت الحاضنة هي الام وكانت زوجيتها لوالد الطفل لا تزال قائمة ، أو كانت فى عدتها من طلاقه الرجعي ، فانها لا تستحق أجرة على حضانة ولدها .

وان كانت فى عدتها من طلاقه البائن ، فاصح القولين عند الحنفية وهو الذي عليه الفتوى أنها لا تستحق أجرة على الحضانة ، والقول الثانى ـ وهو مصحح أيضا ـ أنها تستحق الاجرة .

وان كانت قد انقضت عدتها من طلاقه فانها تستحق أجرة الحضانة لانها بخروجها من العدة صارت أجنبية عن والد الطفل .

واذا كانت الحاضنة للصغير غير أمه فلها أجرة الحضانة ما لم تكن متبرعة .

واذا لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير وجب اعداد مسكن لها أو اعطاؤها أجرته .

واذا كان الطفل بحاجة الى خادم مع الحاضنة وجب احضار الخادم لها أو اعطاؤها أجرته ، وذلك ان كان للصغير مال ، أو كان من تجب عليه نفقته موسرا .

وما يحتاج اليه الطفل من فرش وغطاء يجب على من يقوم بالانفاق عليه أن يهيئه أو يدفع بدله للحاضنة .

وأجرة حضانة الطفل ، وأجرة مسكنه وخادمه ، وبدل فرشه وغطائه ، كل هذا يدفع من مال الصغير ان كان له مال ، والا فمن مال أبيه أو من مال من تجب عليه نفقته بعد أبيه .

وأجرة الحضانة تثبت للحاضنة من وقت قيامها بها بدون توقف على القضاء ، وتكون دينا صحيحا لا يسقط الا بالاداء أو الابراء ، وهي حق الحاضنة لانها أجرة على عمل قامت به فلها أن تصالح عليه كما قدمنا •

واذا وجدت متبرعة بحضانة الطفل ، أو من تقبل أقل من أجرة المثل على حضانته ، فان كانت المتبرعة أو من تطلب دون أجرة المثل أجنبية عن الطفل ، أو قريبة من غير محارمه ، فالام وغيرها من قريباته المحارم أولى بحضانته بأجرة المثل ، سواء أكانت الاجرة من مال الصغير أم كانت من مال أبيه ، أم كانت من مالَ من تجب عليه نفقته بعد أبيه •

وان كانت المتبرعة ، أو من ترضى بأقل من أجرة المثل قريبة من محارمه فان كان الطفل لا مال له ، وكان أبوه أو من تجب عليه نفقته موسراً فالام أحق بحضانته بأجرة المثل • وان كان للطفل مال ، أو كان لا مال له وأبوه أو من تلزمه نفقته معسر فالمتبرعة ومن تقبل أقل من أجرة المثل من محارمه أولى من الام الا أن تتبرع الام أو ترضى بما رضيت به قريبته المحرمية • وانما قدمنا المتبرعة ومن تطلب أجرة أقل مما تطلب الام فى هذه الصورة الاخيرة محافظة على مال الصغير ان كان له مال ، ولعدم المضارة للاب المعسر أو المنفق المعسر ان لم يكن للصغير مال ، ورعاية جانب الصغير مع ذلك موفورة لان حاضنته من محارمه ــ هذا مذهب الحنفية •

وقال الجعفرية : أجرة الحضانة غير لازمة ، لكنه لا يجب على الام الحضانة مجانا ، فلها طلب الاجرة ، وللاب الخيار حينئذ بين دفع الاجرة وأخذ الطفل منها • واذا لم يكن شأن الاب الحضانة ، ولم يوجد متبرع بها قالوا : لا يبعد وجوب اجابتها ، ولو طلبت أكثر مما يطلب غيرها فلا تجاب الى ذلك • والاجرة تلزم أبا الصغير ان لم يكن للصغير مال ، فان كان له مال فلا يلزم أباه شيء منها الا أن يتبرع •

واذا كانت أم الطفل هي الحاضنة له ولم يكن لها مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكناهما جميعا ، وان احتاج المحضون الى خادم

وكان أبوه موسرا يلزم به ، وغير الام من الحاضنات لها الاجرة اذا أبت حضانته مجانا ولم توجد متبرعة .

ولو أبت أم الطفل حضانته مجانا ووجدت متبرعة أهل للحضانة ولو أجنبية ، أو كان الاب قادرا على حضانته ولو بالاستعانة بغيره من خادمة أو زوجة ، تخير بين امساكه مجانا ودفعه للمتبرعة أو للاب ، فان لم تختر امساكه مجانا ينزع منها ويسلم للمتبرعة أو للاب ، ولا تمنع من رؤيته وتعهده (١) .

٧ — مدة الحضانة :—

تبدأ حضانة الطفل من حين ولادته ، وتنتهي بالنسبة للغلام اذا بلغ السن التي يستطيع أن يستقل فيها بخدمة نفسه ، بأن يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ويستنقي وحده ، وقدر ذلك ببلوغه سن السابعة، وقيل ببلوغه سن التاسعة ، والفتوى على الاول ، ولا فرق فى هذا بين أن تكون الام هي الحاضنة أو غيرها .

وتنتهي الحضانة بالنسبة للبنت اذا بلغت المحيض ، وذلك اذا كانت الام أو الجدة هي الحاضنة .

واذا كانت الحاضنة غير الام والجدة تنتهي حضانتها ببلوغها سن المراهقة .

هذا هو ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية ، وغير ظاهر الرواية — وهو مروي عن محمد وبه يفتى — أن مدة الحضانة بالنسبة للبنت تنتهي ببلوغها سن المراهقة أما كانت الحاضنة أو جدة أو غيرهما ، وقدر ذلك بتسع سنين على المفتى بـه ، وقيل بأحدى عشرة سنة (٢) .

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ١٠٠ — ١٠١ مادة ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ .
(٢) البحر الرائق جـ ٤ ص ١٦٩ — ١٧٠ .

ومع كون الفتوى على أن مدة الحضانة للغلام سبع سنين ، وللبنت تسع سنين فان للقاضي الحق فى مد مدة الحضانة الى تسع سنين للغلام، والى احدى عشرة سنة للجارية اذا رأى فى ذلك مصلحتهما ، ولهذا نص المشرع المصري فى المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن « للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشرة اذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك » .

هذا — وقدراعى الشارع الحكيم مصلحة الصغير والصغيرة حين جعل حضانة الصغير الى بلوغه السن الذي يستغنى فيها عن خدمة النساء ، وحضانة الصغيرة الى بلوغها مبلغ النساء أو ما يقارب ذلك ، لان الصغير بعد استغنائه عن خدمة النساء يحتاج الى أن يتعود أخلاق الرجال ، والنساء لا تصلح لذلك ، فكان لا بد أن ينزع من حاضنته بعد استغنائه عنها ويسلم الى أبيه أو وليه ليقوم على تأديبه وتهذيبه .

أما الصغيرة فانها بعد بلوغها السن التي تستغني فيه عن خدمة حاضنتها لا تزال بعد ذلك بحاجة الى أن تبقى تحت رعايتها واشرافها ، لتقوم على تعليمها خدمة البيت وتعويدها ما يليق بالمرأة من عادات وأخلاق، فاذا بلغت المحيض أو كادت كانت بحاجة الى من يقوم بصيانتها والمحافظة عليها حتى لا يخدش شرفها أو يمس عفافها ، والرجال على ذلك أقدر من النساء ، فكان لزاما أن تضم الى أبيها أو وليها اذا بلغت هذا الحد — هذا مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فالمشهور من مذهبهم : أن مدة حضانة الام للغلام سنتان ، وهي أقصى مدة الرضاعة ، وبعدها يكون الاب أحق به ، ومدة حضانة الام للبنت الى سبع سنين ، وغير المشهور من مذهبهم : أن حضانة الام للغلام الى سبع سنين وللجارية الى تسع .

٨ ــ ما بعــد مدة الحضانة :ــ

واذا انتهت مدةحضانة الغلام ببلوغه سبع سنوات أوتسع سنوات فانه ينزع من حاضنته ويسلم لابيه أو لاقرب عاصب له ان كان أبوه ميتا أو فى حكم الميت . ولا خيار للغلام ولا لابيه أو قريبه العاصب فى ذلك ، بل يجبر الغلام على أن ينضم الى أبيه أو عاصبه ، ويجبر الاب أو العاصب على أن يضـم الغلام اليه ، لان الشارع رأى المصلحة فى ذلك ، وليس لاحد أن يختار غير ما شرع الله « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا » .

واذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب دفع الى وصيه ان كان ، فان لم يكن وصي بقي عند حاضنته حتى يرى القاضي ما هو أصلح له .

ومذهب الجعفرية : أنه اذا انتهت مدة حضانة الام ولم يكن للغلام أب فامه أحق به من الجد والوصي ، وكذا هي أحق به اذا كان الاب فاقدا للشروط . ولا خيار للغلام فى هذه المرحلة (مرحلة ما قبــل البلوغ) فى الانفراد عمن له حق ضمه اليه والبقاء معه ، بل يجبر على البقاء .

فاذا بلغ الغلام مبلغ الرجال وكان ذا عقل يستغنى به عن ولاية غيره ، صار أحق بنفسه ، وليس لابيه ولا لغيره سلطان عليه ، بل يكون مخـيرا حينذاك بين أن يختار البقاء مع أبيه أو عاصبه وبين أن يستقل بنفسه .

واذا انتهت مدة حضانة البنت ، بأن بلغت تسع سنين أو احدى عشرة سنة فأنها تنزع من حاضنتها وتضــم الى أبيهــا أو الى أقرب عاصب من محارمها ، ولا خيار فى ذلك للبنت ولا لابيها أو قريبها العاصب المحرم كما تقدم بالنســبة للغــلام .

ومذهب الجعفرية ــ على ما ذكره أبو جعفر الطوسى ــ أن البنــت اذا بلغت سن التمييز فالام أحق بها الى حد البلوغ ما لم تتزوج الام فان

تزوجت فالاب أحق بها (١) ، وذكر غيره أن البنت اذا انتهت حضانتها ببلوغها سن التاسعة كان من حق أبيها أن يضمها اليه (٢) وتجبر على البقاء معه .

فاذا بلغت البنت مبلغ النساء يبقى حق ضمها لابيها أو لقريبها العاصب المحرم الى أن تتزوج ، فاذا تزوجت أمسكها زوجها ، واذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم ان كانت بكرا يخشى عليها من الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها . وكذلك اذا كانت ثيبة غير مأمونة على نفسها ، فاذا أسنت البكر وعرف عنها العفة وحسن الرأي صارت أحق بنفسها ، وليس لابيها ولا لاحد أن يجبرها على المقام معه ، وكذلك حكم الثيب المأمونة على نفسها (٣) .

وقال الجعفرية : اذا بلغت الانثى مبلغ النساء وكانت غير مأمونة اذا انفردت فلا خيار لها ، ولابيها أو جدها ضمها اليه ، واذا أصرت على الانفراد وهي غير رشيدة فلا تزول الولاية عنها سواء أكانت بكرا أم ثيبا . وان كانت رشيدة مأمونة على نفسها فليس لاحد من أوليائها ضمها اليه بدون رضاها سواء أكانت بكرا شابة أم ثيبا (٤) ، ولكن يكره لها مفارقة أبويها أو من هي عنده منهما حتى تتزوج .

هذا — وينبغي أن نلاحظ أنه لا بد من أن تتوفر فيمن له حق ضم الصغير أو الصغيرة بعد نهاية سن الحضانة نفس الشروط التي اشترطناها لاهلية الحاضن .

---

(١) مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٣٢ .
(٢) الاحكام الجعفرية ص ١٠١ مادة ٣٩١ .
(٣) البحر الرائق حـ ٤ ص ١٧١ .
(٤) الاحكام الجعفرية ص ١٢٥ مادة ٤٩٩ .

الباب الرابع

« فى : النفقـة »

« تمهيـــد »

لا نريد بالنفقة هنا نفقة الاولاد وحسب ، بل نريد بها ما يعم نفقـة الاولاد وهم الفروع وان نزلوا ، ونفقة الاباء وهم الاصـول وان علوا ، ونفقة ذوي الارحام وهم الحواشي كالاخ والاخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة •

وانما أردنا بالنفقة ما يعم نفقة هؤلاء جميعا ، لاننا حينما عرضنا لموضوع ثبوت النسب لم تقتصر على ثبوت البنوة وحدها ، وانما عرضنا لثبـوت البنوة ، والابوة ، والاخوة ، والعمومة ، وسائر الصلات الرحمية •

والقرابة فى الجملة سبب لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبه الموسر، لان بينهما رحما لها حرمتها وحقها ، فلا بد للموسر أن يبلها ببلالها ، ويصلها بالانفاق عليها والاحسان لها ، والا لكان قاطعا لما أمر الله به أن يوصل ، وكفى بالمرء اثمـا أن يضيـع من يقـوت •

والقرابة الموجبة للانفاق مختلف فيها بـين الفقهاء :

فالمالكية يرون أن القرابة الموجبة للانفاق هي قرابة الولاد المباشرة ، أي فى أول درجاتها صاعدة أو نازلة ، وعلى هذا فلا تجب النفقة عندهم الا على الابوين المباشرين والاولاد الصلبيين ، أما من عداهم كالاجـداد والجدات ، وأبناء الابناء وأبناء البنات ، والعمات والخالات ، فلا نفقة عليهم بسبب هذه القرابات ، ودليلهم على ما ذهبوا اليه قوله تعالى (•• وبالوالدين احسانا) وقوله (•• وعلى المولود له رزقهن وكسـوتهن بالمعروف) (١)

---

(١) دلت الاية بالعبارة على ايجاب نفقة الزوجات على ازواجهن ، ودلت بالاشارة على ان نفقة الاولاد على أبيهم ، لانه اذا وجبت نفقة أم الولد علـى أبيه بسببه فلان تجب له هو من باب أولى ـ انظر البحر الرائق حـ٤ ص ٢٠١ وفتـح القـدير حـ ٣ ص ٣٤٤ •

وقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لابيـك) •• وغير ذلك من النصوص التي تدل على وجوب النفقة على الابوين والاولاد ، أما من عداهم فليس عليهم نفقة ، لان النصوص لم تشملهم ، كما أنهم ليسوا في قوة الاباء المباشرين أو الاولاد الصلبيين حتى يقاسوا عليهم ، فليس الجد في قوة الاب ، ولا ابن الابن في قوة الابن حتى يكون له حكمه في وجوب النفقـة لـه أو عليـه •

والشافعية يرون أن القرابة الموجبة للانفاق هي قرابة الولاد مطلقا ، وعلى هذا تجب النفقة عندهم على الاصول وان علوا ، وعلى الفروع وان نزلوا ، ولا تجب على غير هؤلاء ، واستدلوا بما استدل به المالكية الا أنهم قالوا : ان الاصول آباء وان علوا ، والفروع أبناء وان نزلوا ، فالنصوص تشمل الاجداد والجدات كما تشمل الاباء والامهات ، وتشمل أبناء الابناء كما تشمل الابنـــاء •

والحنابلة يرون أن القرابة الموجبة للانفاق هي القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج على فرض كونه ذا مال ، لقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) ، ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم ، فان لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك (١) •

ولما كانت القرابة التي يتفرع عليها الميراث هي الموجبة للنفقة عند الحنابلة فانهم يشترطون اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، بخلاف المالكية والشافعية فانهم لا يشترطون ذلك لانهم نظروا لمجرد القرابـة •

والحنفية يرون أن القرابة الموجبة للانفاق هي القرابة المحرمية ولو كانت قرابة الحواشي ، أما القرابة غير المحرمية فلا يستحق بسببها نفقـة ، أمـا كون القرابة موجبة للنفقة ، فلان الشارع أمر بصلة الرحم ، ومن صلتها

---

(١) المغني لابن قدامة المقدس حـ ٧ ص ٥٨٤ ، وانظر ما ذكره في شأن نفقـة ذوي الارحام حـ ٧ ص ٥٨٦ •

الانفاق عليها عند الحاجة ، وأما شرط كونها محرمية ، فلان الشارع لما خص المحارم من ذوي الارحام بحرمة التزاوج بينهم مخافة القطيعة دل ذلك على أن المحارم تخص أيضا بوجوب النفقة لهم دون سائر الارحام عند اعسارهم وعجزهم ، وبذلك تتحقق صلتهم ولا تكون قطيعة .

والجعفرية يرون أن القرابة الموجبة للانفاق هي القرابة التي تقوم على الجزئية بين المنفق والمنفق عليه ، وذلك خاص بالاصول والفروع مطلقا ، أما بالنسبة للحواشي فالموجب للنفقة هو القرابة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا لقريبه المحتاج ولو لم يكن محرما (١) .

ولا نريد — كعادتنا — أن نطيل بذكر مباحث النفقة على اختلاف المذاهب، بل يكفي أن نقتصر على مايهمنا ذكره من مذهب الحنفية والجعفرية ، لانهما هما المذهبان اللذان يجري عليهما العمل فى العراق .

ولا بد لنا أن نقدم بين يدي مباحث النفقة بعض الاصول المقررة حتى نسير على ضوئها فيما يعرض لنا من مسائلها ، واليك هذه الاصول :

الاصل الاول — القرابة متفاوتة ، وهي نوعان (النوع الاول) قرابة الولاد ، والمراد بها قرابة الاصول والفروع المنحصرة فى عمود النسب ، وهذه كلها محرمية ، فلا يحل زواج بين أصل وفرع وان تباعد ما بينهما . (النوع الثاني) قرابة غير الولاد ، والمراد بها قرابة الحواشي الخارجين عن عمود النسب ، وهذه منها قرابات محرمية كالاعمام والعمات ، والاخوال والخالات ، ومنها قرابات غير محرمية كأبناء الاعمام ، وأبناء العمات ، وأبناء الاخوال ، وأبناء الخالات .

الاصل الثاني — من كان له مال فنفقته فى ماله صغيرا كان أو كبيرا ، ويستثنى من ذلك الزوجة ، فان نفقتها تجب على زوجها ولو كانت موسرة .

---

(١) هذا عند من يقول بوجوب النفقة لذوي الارحام ، والمشهور من مذهب الجعفرية انها مستحبة ولا يجبر القريب عليها . وراجع فى هذا الموضوع المسألة رقم ٣١ من مسائل النفقات من كتاب مسائل الخلاف حـ٢ ص ١٣١ .

الاصل الثالث ـ لا تجب نفقة القريب على قريبه عند الحنفية الا اذا كان ذا رحم محرم له . وعند الجعفرية لا تجب نفقة القريب الا اذا كان من الاصول أو الفروع ، أما ذووا الارحام غير الاصول والفروع فيكفي عند من يوجب لهم النفقة أن يكون بين المنفق والمنفق عليه توارث ، ولا يشترط كون القرابـة محرميـة .

الاصل الرابع ـ لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد ، كما لا يشارك الاب فى نفقة أولاده أحـد . وعند الجعفريـة لو كان للشخص أب وابن موسران فنفقتـه عليهمـا بالسويـة .

الاصل الخامس ـ لا نفقة مع اختلاف الدين الا للاصول والفروع والزوجـة .

الاصل السادس ـ لا تجب على فقير قادر على الكسب نفقة لاحـد الا لاصوله وفروعه وزوجته ، فعليه ما دام قادرا على العمل أن يسعى ويعمل لينفق من كسبه عليهم ، فان أبى أجبر على ذلـك .

الاصل السابع ـ من امتنع وهو موسر عن الانفاق على قريبه الذي تجب عليه نفقته يحبس كما يحبس الزوج فى نفقة زوجته ، ولا يستثنى الاب من ذلك وان كان لا يحبس فيما عدا ذلك من دين عليه لولده .

الاصل الثامن ـ النفقة الواجبة للاصول على الفروع ، ونفقة الحواشي بعضهم على بعض تكون على قدر كفايتهم ، لانها لسد الحاجة فلا يجب الزيادة عليها ، أما النفقة الواجبة للولد على أبيه فتكون على قدر الحاجـة ان كان الاب معسرا ، وعلى حسب ما يراه القاضي ان كان الاب موسرا ، حتى لو كان الولد بحاجة الى خادم فرض القاضي على الاب نفقة خادم له .

الاصل التاسع ـ نفقة الاصول والفروع لا يتوقف وجوب أدائهـا على قضاء القاضي كما هو الشأن فى نفقة الزوجة ، أما نفقة الحواشي بعضهم على بعض فانـه يتوقف وجوب أدائهـا على القضـاء .

الاصل العاشر — لا يقضي بنفقة فى مال الغائب الا للوالدين والاولاد والزوجة ، وذلك لان وجوب النفقة لهم ثابت فى حد ذاته وقضاء القاضي انما هو من باب الاعانة لصاحب الحق على الوصول الى حقه .

الاصل الحادي عشر — نفقة الاصول والفروع والحواشي تسقط بمضي المدة (١) الا اذا كانت مفروضة ومستدانة بالفعل باذن من القاضي، أو باذن ممن وجبت عليه ، واستثنى بعض فقهاء الحنفية من ذلك نفقة الصغير حيث جعلوها كنفقة الزوجة تثبت من وقت القضاء أو التراضي ، ولا تسقط بعد الفرض بمضي المدة ، وهي دين ضعيف يسقط بموت الصغير ، ولا تكون دينا قويا الا اذا استدينت بالفعل باذن من القاضي أو باذن ممن وجبت عليه (٢) .

هذه هي أهم الاصول التي يجب معرفتها قبل الخوض فى مسائل النفقات ، وبعد هذا نتكلم عن النفقة الواجبة للفروع على الاصول ، ثم عن النفقة الواجبة للاصول على الفروع ، ثم عن نفقة ذوي الارحام — وهم الحواشي — بعضهم على بعض ، وسنفرد لكل نوع من هذه الانواع الثلاثة فصلا مستقلا ، ثم نختم الباب بفصل رابع وأخير نرتب فيه من تجب عليهم النفقة عند التعدد مع اتحادهم فى نوع القرابة أو اختلافهم فيها ، فنقول :

---

(١) والمدة التي تسقط بمضيها النفقة — عند الحنفية — شهر فاكثر ، وذلك لان نفقة الاقارب فرضت لسد حاجتهم ، فاذا مضى شهر فاكثر ولم يأخذ القريب نفقته دل ذلك على أنه استغنى ، أما ما دون الشهر فلا تسقط نفقته وله أن يطالب بها . وعند الجعفرية تسقط نفقة القريب بمضي شهر او اكثر أو اقل ما لم تكن مستدانة باذن القاضي .

(٢) جرى عمل القضاة فى مصر على هذا الراي كما هو بدون تغيير ، لانهم رأوه ارفق بالناس ، بخلاف نفقة الزوجة حيث ترك العمل بمذهب الحنفية فيها الى ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ من انها دين بمجرد الامتناع، وانها دين قوي لا يسقط الا بالاداء أو الابراء .

الفصل الاول

« فى : النفقة الواجبة للفروع على الاصول »

اذا كان للفرع مال فانه لا يستحق نفقة على أحد لان نفقته فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا ، ذكرا كان أو انثى .

واذا لم يكن لم مال ، وكان قادرا على الكسب فكذلك لا يستحق نفقة على أحد لان عليه أن يعمل لينفق على نفسه .

واذا لم يكن له مال ، وكان عاجزا عن الكسب لصغره (١) ، أو لكونه انثى ولو كبيرة قادرة على الكسب ولا كسب لها بالفعل (٢) ، أو لكونه كبيرا لا يقدر على الكسب لمرض مزمن يقعده عن العمل ، كعمى وشلل فانه يكون مستحقا للنفقة (٣) .

واذا كان للفرع — ذكرا أو انثى — مال لا يكفيه ، أو كسب لا يفى بحاجته وجب على أبيه أو من يليه من أصوله فى وجوب الانفاق عليه أن يكمل له ما يكفى لسد حاجته .

واذا كان للصغير أو للكبير العاجز مال لا تصل يده اليه وهو فى

---

(١) اذا بلغ الصغير حد الكسب كان لابيه أن يدفعه الى العمل وينفق عليه من كسب عمله .

(٢) الانوثة فى حد ذاتها عجز ولو مع القدرة على العمل ، لان الشأن فى المراة الاتعمل للكسب، وليس للاب أن يدفعها للعمل، ولكن لو كان لها كسب من نحو خياطة أو حياكة أو وظيفة فانها تكون بذلك مستغنية ونفقتها من كسبها ما دام ابوها فقيرا . ونفقة البنت التى لا كسب لها بالفعل تكون على ابيها أو من يليه من أصولها حتى تتزوج فتكون نفقتها على زوجها فان طلقت وانقضت عدتها وكانت محتاجة عادت نفقتها الى ابيها او من يليه فى الانفاق عليها .

(٣) الحق الفقهاء بالعاجز فى استحقاق النفقة من كان من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس لعمل يليق به وطالب العلم الذي يشغله طلب العلم عن الكسب .

حاجة الى النفقة كان على أبيه أو من يليه من أصوله أن ينفق عليه من مال نفسه حتى يحضر ماله فيرجع عليه فيه بما أنفق ان كان أنفق باذن من القاضي ، أو كان أنفق بغير اذنه ولكنه أشهد عند الانفاق أنه سيرجع عليه ، فان كان قد أنفق بغير اذن ولا اشهاد كان متبرعا بما أنفق ولا حق له فى الرجوع قضاءً ، أما ديانة فله الحق فى الرجوع بما أنفق ان كان قد نواه .

ونفقة الاولاد هي كل ما يحتاجون اليه من طعام وكسوة وسكنى واجرة خادم ان احتيج له ، واجرة رضاعة وحضانة ان كان الولد صغيرا . ولا يدخل فى نفقة الولد نفقة زوجته فلا يطالب بها الاب أو غيره الا اذا كان متكفلا بها .

واختلاف الدين وعدم الميراث لا يمنعان من وجوب النفقة للفرع على أصله باتفاق الحنفية والجعفرية .

اذا علمت هذا ، فاعلم أن نفقة الولد المحتاج — ذكرا أو انثى — تكون على أبيه وحده ان كان أبوه موجودا وقادرا على النفقة ، لما تقدم من أن الاب لايشاركه أحدفى نفقة أولاده الا فى حالة تقدمت عند الجعفرية. وان كان أبوه غير موجود أو موجودا فى حكم المعدوم فنفقته تكون على غير أبيه من اصوله أو غيرهم من قرابته ، وعلى هذا فنفقة الولد تارة تكون على أبيه وحده ، وتارة تكون على غير أبيه من اصوله وحدهم ، وتارة لا يستقل بها الاصول بل ينفرد بها غيرهم أو يشاركهم فيها ، وما دام هذا الفصل معقودا للنفقة الواجبة للفروع على الاصول فانا نتكلم أولا عن النفقة الواجبة للولد على أبيه ، ثم عن النفقة الواجبة له على غير أبيه من أصوله ، واليك بيان ذلك :

أولا — النفقة الواجبة للولد على أبيه :—

للاب أربع حالات ١ — تارة يكون صاحب مال ٢ — وتارة يكون لا مال له ولكنه قادر على العمل ، وطرق الكسب ميسرة له ٣ — وتارة يكون

لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له ٤ — وتارة يكون لا مال له ولا يقدر على العمل بحال من الاحوال ، ولكل حالة من هذه الحالات الاربـع حكمهـا :

الحالة الاولى — اذا كان الاب صاحب مال وجب عليه أن ينفق على ولده المحتـاج من ماله ، وان امتنع أجبر على ذلك •

الحالة الثانية — اذا كان الاب لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب ميسرة له وجب على الاب أن يعمل ويجد فى طلب الرزق وينفق على ولده من كسب عمله ، وان امتنع عن العمل ، وهذه حاله أجبر عليه بالحبس ونحـــوه •

الحالة الثالثة — اذا كان الاب لا مال له ولكنه قادر على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له كانت نفقة ولده واجبة عليه أيضا ولكنه لا يكـلف بأدائها لعدم وجود شىء فى يده ، وانما تكلف أم الولد بالانفاق عليه مـن مالها ان كان لها مال ، ويكون ما تنفقه دينا لها على زوجها ترجع به عليه اذا أيسر ، فان لم يكن للولد أم ، أو كانت له أم ولا مال لهـا يكلف جـده بالانفاق عليه ، ويرجع بما أنفق على أبيه بعد يساره ، فان لم يكن له جـد أو كان له جد لا مال له كان على من يلي الجد فى وجوب الانفاق أن ينفق من ماله ويرجع بما أنفق على الاب •• وهكذا ، فاذا لم يوجد أحد ينفق عليه من أقاربه كانت نفقته فى بيت مال المسلمين — هذا هو الراجح من مذهب الحنفية •

وذهب الجعفرية — وهو قول لبعض الحنفية — الى أنه اذا كان الاب قادرا على العمل وطرق الكسب غير ميسرة له اعتبر الاب فى حكم الميـت، وتكون نفقة الولد على من تلزمه نفقته بعد موت أبيه ولايرجع بها على الاب اذا أيسر • وفى حكم ما تقدم — على الخلاف بين الحنفية والجعفرية — ما لو كانت طرق الكسب ميسرة للاب ولكنها لا تفى بحاجته وحاجة ولده •

الحالة الرابعة ـ اذا كان الاب لا مال له ولا قدرة له على العمل بحال ما لشيخوخة ، أو لمرض مزمن مقعد ، أو لنحو ذلك ، اعتبر الاب فى حكم الميت وتكون نفقة الولد على من تلزمه نفقته بعد موت أبيه على ما ستعرفه.

ثانيا ـ النفقة الواجبة للولد على غير أبيه من أصوله : ـ

اذا مات أبو الولد المستحق للنفقة أو كان فى حكم الميت لاعساره وعجزه بالكلية عن الكسب انتقلت نفقته الى من يلي الاب فى وجوب النفقة عليه من أقاربه ، وقد تنحصر النفقة الواجبة للمحتاج فى أصوله لعدم وجود من تجب عليه من غيرهم ، فان كان الامر كذلك ، فاما أن يكون له قريب واحد من الاصول ، واما أن يكون له منهم أقرباء .

فان كان له قريب واحد من الاصول ـ من جهة الاب أو من جهة الام ـ وكان موسرا كانت نفقته عليه وحده لانه متعين لها .

وان كان له أقرباء من الاصول وكانوا جميعا موسرين ، فهذه حالة تأتي على ثلاث صور ، لكل صورة حكمها :

الصورة الاولى ـ أن يكون جميع الاصول وارثين ـ وهؤلاء تكون النفقة عليهم جميعا بنسبة أنصبائهم فى الميراث دون التفات الى تساويهم أو تفاوتهم فى درجة القرابة ، وعلى هذا فمن له أم ، وجد لاب فنفقته عليهما بنسبة الارث ، فعلى الام الثلث ، وعلى الجد الثلثان . ومن له جدة لام وجد لاب كان على الجدة السدس وعلى الجد لاب الباقي .

الصورة الثانية ـ أن يكون جميع الاصول غير وارثين ـ وهؤلاء اما أن تتساوى درجة قرابتهم من الولد ، واما أن تتفاوت ، فان تساوت كانت النفقة عليهم بالسوية ، وان تفاوتت كانت النفقة على أقربهم له ، وعلى هذا فمن له أبو أبي أم ، وأم أم أم فنفقته عليهما بالتساوي ، ومن له أبو أم ، وأبو أم أب فنفقته على أبي الام لقرب درجته، وليس على أبي أم الاب شيء.

الصورة الثالثة ـ أن يكون بعض الاصول وارثين وبعضهم غير وارثين ـ

وهؤلاء اما أن تتساوى درجة قرابتهم من الولد ، واما أن تتفاوت ، فان تساوت كانت النفقة على الوارث منهم بنسبة ميراثه ، ولا نفقة على غير الوارث ، وعليه فمن كان له جد لاب وجد لام فنفقته على جده لابيه دون جده لامه .

وان تفاوتت درجة قرابتهم كانت النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير وارث ، ولا شيء على الابعد ولو كان وارثا ، وعليه فمن كان له أم ، وأبو أم فنفقته على أمه لقرب درجتها ، ولا شيء على أبي الام لبعده ، ومن كان له أبو أم وأبو أبي أب فنفقته على أبي أمه لقربه وان لم يكن وارثا ، ولا شيء على أبي أبي الاب لبعده وان كان هو الوارث ، وعلة هذا أن سبب استحقاق النفقة هنا هو الجزئية ـ جزئية الفرع لاصله ـ وكلما قربت درجة القرابة كلما قويت الجزئية فيرجح الاقرب لرجحان سبب وجوب النفقة عليه ـ هذا مذهب الحنفية .

وذهب الجعفرية : الى أنه اذا كان أبو الولد المحتاج معدوما أو في حكم المعدوم لعسره فنفقة الولد على أبي الاب ، فان عدم أو كان في حكم المعدوم فعلى أبي الجد لاب .. وهكذا وان علا ، وان عدمت الاباء أو كانوا في حكم المعدومين فنفقته على أمه ، ومع عدمها أو فقرها تكون نفقته على أجداده وجداته لامه وان علوا الاقرب فالاقرب وان كان الاقرب انثى والابعد ذكرا ، ومع التساوي في القرب تكون النفقة عليهم بالسوية وان اختلفوا ذكورة وأنوثة (١) .

---

(١) الاحكام الجعفرية ص ١٠٣ مادة ٣٩٩ ، مادة ٤٠٠ ، والمختصر النافع ص ٢١٩ ، وانظر مسائل الخلاف حـ ٢ ص ١٣٠ فقد ذكر فيه انه اذا اجتمع ام الام وام الاب ، او ابو الام وام الاب فهما سواء لانهما تساويا في الدرجة .

الفصل الثانى

« فى : النفقة الواجبة للاصول على الفروع »

الفرع اما أن يكون غنيا واما أن يكون فقيرا ، فان كان غنيا وله أصول فقراءفنفقتهم عليه ولو كانوا قادرين على الكسب .

والاصول هم الابوان ، والاجداد ، والجدات من جهة الاب أو من جهة الام .

والمعتبر فى وجوب النفقة عند تعدد الفروع هو قرب درجة الفرع من أصله دون نظر الى كونه وارثا أو غير وارث ، متحدا معه فى دينه أو غير متحد ، فان كانوا جميعا فى درجة واحدة فنفقة الاصل عليهم بالسوية (١) ، وعلى هذا فمن له بنت ، وابن ابن فنفقته كلها على بنته لقرب درجتها منه ، ولا شىء على ابن الابن لبعده ، ومن له ابن ابن ، وبنت بنت فنفقته عليهما بالسوية لاتحادهما فى الدرجة ، ومن كان مسلما وله ابنان أحدهما مسلم والاخر كتابى فنفقته عليهما بالسوية ، ومن كان له ابن كتابى ، وابن ابن مسلم فنفقته على ابنه الكتابى لقربه وان خالفه فى دينه ، ولا شىء على ابن ابنه المسلم لبعد الدرجة وان وافقه فى دينه .

وان كان الفرع فقيرا فاما أن يكون له كسب يزيد عن حاجته ، واما أن يكون له كسب لا يزيد عن حاجته ، واما أن يكون عاجزا لا كسب له ، فهذه ثلاث صور :

---

(١) نقل صاحب البحر الرائق فى الجزء الرابع ص ٢٠٦ عن الخانية : أنه لو كان للفقير ابنان أحدهما فائق الغنى والاخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السواء ، ونقل فى الموضع نفسه عن شمس الائمة الحلوانى انه قال : قال مشايخنا هذا اذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا ، اما اذا تفاوتا تفاوتاً فاحشا يجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة اهـ .

الصورة الاولى — اذا كان للفرع كسب يزيد عن حاجته وجب عليه ديانة وقضاءً أن ينفق من فائض كسبه على من تلزمه نفقته من أصوله الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب ، فالولد الذي له دخل يومي أو شهري يفيض عن حاجته يجب عليه أن ينفق منه على أبيه الفقير ولو كان قادرا على الكسب وطرقه ميسرة له ، لانه لا يليق بالابن أن يلجىء أباه الى الكد والتعب فى طلب الرزق وهو قادر على أن يريحه من ذلك ، بل ويجب على الابن نفقة زوجة أبيه وخادمه ان كان بحاجة الى زوجة وخادم ، كما يجب على الابن أن يقرر لابيه نفقة خاصة يستقل بها ان طلب الاب منه ذلك — وكذا الحكم بالنسبة لسائر الاصول ، غير أنه ينبغى أن يلاحظ أنه اذا كانت الام متزوجة فنفقتها على زوجها وحده ، فان كان زوجها فقيرا فعلى ابنها أو من يليه فى وجوب الانفاق عليها على فرض أنها غير متزوجة أن ينفق عليها من ماله ثم يرجع بما أنفق على زوجها اذا أيسر (١) . وبهذا كله قال الجعفرية الا أنهم يشترطون عجز الاب عن الكسب لوجوب نفقته على ولده الذي له كسب يزيد عن حاجته .

الصورة الثانية — اذا كان للفرع كسب لا يزيد عن حاجته ، وهذه تحتها ثلاثة فروع :

أ — أن يكون الاصل قادرا على الكسب وطرقه ميسرة له — والحكم أنه لا يجب للاصل على فرعه نفقة ، اذ لا يكلف الله نفسا الا وسعها ، وعلى الاصل أبا أو جدا أن يعمل ويسعى من أجل رزقه ، أما الام والجدات فهن عاجزات عن الكسب بمقتضى الانوثة فيدخلن فى حكم الفرع التالى .

---

(١) اذا كان زوج الام هو الاب وكان عاجزا عن الانفاق عليها فان كان محتاجا اليها فنفقتها على ابنها موسرة كانت الام أو معسرة ، لان نفقتها حينئذ من أجل حاجة الاب ، وعلى الابن أن يقوم بكل ما يحتاج اليه الاب ، وان كان الاب غير محتاج اليها فان كانت موسرة فنفقتها من مالها وان كانت معسرة فنفقتها على ابنها ، لا من أجل أبيه لعدم احتياجه اليها بل من أجل كونها أما له .

ب ــ أن يكون الاصل عاجزا عن الكسب ــ والحكم أنه اذا كان للفرع أولاد وجب على الفرع ديانة وقضاءً أن يضم أصله اليه ليعيش معه ومع أولاده حتى لا يضيع ، وليس فى ذلك كبير ضرر على الفرع وأولاده، لان طعام الاثنين يكفى الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفى الاربعة ، ولا يجبر الفرع فى هذه الحالة على أن يخص أصله بنفقة مستقلة ، لما فى ذلك من الضرر المحقق .

واذا لم يكن للفرع ولد وكان يعيش وحده وجب عليه أن يضم أصله اليه ديانة فقط ، وفى القضاء لا يجب ضمه اليه ، لان ادخال الواحد على الواحد فى طعامه يلحق به ضررا كبيرا حيث يأكل مالا يقوته ، وحينئذ يضعف عن العمل ، ويعجز عن الكسب ، وفى ذلك خوف هلاكهما جميعا ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) . ويرى بعض فقهاء الحنفية أنه يجبر قضاءً على ضمه اليه ، واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام (طعام الواحد يكفى الاثنين) ، وبما روى عن عمر رضى الله عنه قال (لو أصاب الناس السنة ــ يعنى الشدة والمجاعة ــ لادخلت على أهل كل بيت مثلهم ، فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم) (١) ــ وعند الجعفرية من كان له كسب لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته سقطت عنه نفقة أبيه وأمه وكذا سائر أصوله .

---

(١) جرينا فى هذه المسالة على ما جاء فى البحر الرائق حـ ٤ ص ٢٠٦ وما نقله ابن عابدين فى حاشيته على البحر عن الذخيرة ، وعلى ما جاء فى حاشيته ابن عابدين على الدر المختار حـ ٢ ص ٦٩٥ ــ ٦٩٦ لانا وجدناه اكثر تعقلا ، وهذا هو الذي ارتضاه المرحوم الشيخ احمد ابراهيم واقتصر عليه فى كتابه الاحوال الشخصية ، وكذلك ارتضاه واقتصر عليه فى كتابه ايضا استاذنا الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الازهر السابق . وقد جاء فى بدائع الصنائع حـ ٤ ص ٣٦ ما حاصله : ان الولد الذي له كسب لا يزيد عن حاجته يجب عليه قضاء وديانة ان يضم اباه اليه فى نفقته اذا كان الاب عاجزا عن الكسب سواء اكان للولد اولاد ام كان لا ولد له ولا زوجة ، اما ان كان الاب قادرا على الكسب

جـ — أن يكون للفرع أكثر من أصل مستحق للنفقة وهو لا يقدر الا على نفقة واحد فقط — والحكم أنه يبدأ بالاقرب فالاقرب ، فان كان لـه أب وأم بدأ بأمه ، وقيل تقسم النفقة بين الاب والام وهو قول الجعفريـة أيضا ، وان كان له أب وجد بـدأ بجده .. وهكـذا .

الصورة الثالثة — اذا كان الفرع عاجزا ولا كسب لـه فليس عليـه نفقة لاصوله ولا لغير أصوله ، وانما تكون نفقة الاصـول على من يلـي الفـرع فى وجـوب النفقـة .

الفصل الثالث

« فى : نفقة الحواشي بعضهم على بعض »

المراد من الحواشي هم الاقرباء الخارجون عن عمود النسب أي من ليسوا أصولا ولا فروعا كالاخ والاخت ، والعم والعمة ، والخال والخالة ، وما تفرع منهم ، وهؤلاء يعرفون فى باب النفقة بذوي الارحام وان كان ذووا الارحام بالمعنى العام يشمل الاقرباء جميعا .

والحواشي قسمان : قسم قرابته محرمية ، أي يحرم على القريب منهم أن يتزوج قريبه لو فرض أحدهما ذكرا والاخر انثى ، وهؤلاء كالاخـوة والاخوات وما تفرع منهم ، والاعمام والعمات ، والاخوال والخالات ، فلا يحل للاخ أن يتزوج اخته أو بنتها ، كما لا يحل له أن يتزوج عمته أو خالته .

وقسم قرابته غير محرمية ، أي لا يحرم على القريب منهم أن يتزوج قريبه لو فرض أحدهما ذكرا والاخر انثى ، وهؤلاء كابناء الاعمام ، وابنـاء

فانه يجب على الولد ديانة وقضاءً ان يضم اباه اليه ان كان له أولاد ، فان لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فقول عامة الفقهاء انه لا يجبر على ضمه اليه ، وقيل يجبر . وماجاء فى البدائع هو الذي ارتضاه الاستاذ الشيخ أبوزهرة واقتصر عليـه فى كتابـه الاحوال الشخصيـة .

العمات ، وأبناء الاخوال ،وأبناء الخالات ، فيحل للانسان أن يتزوج بنت عمه ، وبنت عمته ، وبنت خاله ، وبنت خالتـه .

والذي يجب عليه النفقة من هؤلاء لقريبه الرحمى ـ عند الحنفية ـ هم أصحاب القسم الاول ، أي الاقرباء المحارم ولو لم يكونوا وارثـين بالفعل ، أما الاقرباء غير المحارم فلا نفقة عليهم ولو كانوا وارثين بالفعل (١) ، وكذا لا نفقة على المحارم غير الاقرباء كالاخ رضاعا ، والعمة من الرضاع ، وكذا لا نفقة على الاقرباء المحارم الذين حرمتهم بسبب غير القرابة كبنت العم نسبا اذا شاركت ابن عمها فى الرضاع ، فانها تحل له من ناحية النسب ولكنها حرمت عليه من أجل الرضاع ..

وذهب الجعفرية فى المشهور عنهم الى أن نفقة ذوى الارحام ـ وهم الحواشي ـ مستحبة فقط ولا يجبر القريب عليها ، والاستحباب آكد فى حق الوارث ، وغير المشهور أنها تجب لكل ذى رحم وارث فقير وان لـم يكن محرما ، وبعض أصحاب هذا القول خصها بالصغير وبعضهم جعـل الوجـوب شـاملا للصغـير والكبـير (٢) .

ويشترط لوجوب نفقة ذوي الارحام المحارم بعضهم على بعض توفر الشـروط التاليـــة :

أولا ـ اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه ، وذلك لان سبب وجوب

---

(١) استدل الحنفية على انه لا بد من المحرمية فى وجـوب نفقة ذوي الارحام بقراءة ابن مسعود (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) وأقل ما يقال فى هذه القراءة انها تفسير مسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم .
وقد تمسك الحنابلة وابن ابي ليلى والموجبون لنفقة ذوي الارحام من الجعفرية بظاهر قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجبوا للقريب نفقة على قريبه اذا كان بينهما توارث بصرف النظر عن المحرمية وعدمها .

(٢) الاحكام الجعفرية ص ١٠٨ والمختصر النافع ص ٢١٩ .

نفقة ذوي الارحام انما هو القرابة المحرمية الموروثة فى الجملة (١)، لقوله تعالى (•• وعلى الوارث مثل ذلك) ، واذا كان الميراث فى الجملة ملحوظا وجب اتحاد الدين لانه لا توارث بين مسلم وغير مسلم •

ثانيا — أن يكون المنفق عليه محتاجا ، فلا تجب الا لفقير عاجز عن الكسب لصغر ، أو أنوثة ، أو زمانة •

ثالثا — أن يكون المنفق موسرا ، وذلك بأن يكون مالكا لنصاب الزكاة ، أو له كسب يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده ان كان له زوجة وأولاد (٢) ، فان كان فقيرا وله قدرة على العمل فانه لا يجبر على أن يعمل ويتكسب من أجل الانفاق على قريبه ، بخلاف ما تقدم فى نفقة الاصول والفروع من أنه يجبر الفقير القادر منهم على العمل لينفق من كسب عمله على أصله أو فرعه المحتاج •

وينبغى أن يلاحظ ما تقدم من أن نفقة القريب من الحواشي يتوقف وجوب أدائها على قضاء القاضي ، وعلى هذا فلا يجوز لمن أصابت يده مالا لقريبه أن يأخذ منه نفقته بدون اذن ، بخلاف الاصول والفروع والزوجة حيث يجوز للاب أن يأخذ نفقته من مال ابنه بدون أذن لقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لابيك) وكذا يجوز للولد أن يأخذ نفقته من مال أبيه بغير اذنه ، وللزوجة أن تأخذ من مال زوجها بغير اذنه لقوله عليه الصلاة والسلام لزوجة أبي سفيان (خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف) •

وينبغى أن يلاحظ أيضا ما تقدم من أنه اذا امتنع القريب من الانفاق

---

(١) المراد بالميراث فى الجملة انهم أهل له يستحقونه فى بعض الحالات وذلك عند انفرادهم .

(٢) انظر ما ذكره صاحب بدائع الصنائع عن حد اليسار ص ٣٥ من الجزء الرابع .

على قريبه بغير مبرر شرعى فانه يحبس الفرع بامتناعه عن نفقة أصله ، والاصل بامتناعه عن نفقة فرعه ، والزوج بامتناعه عن نفقة زوجته •

اذا علمت هذا فاعلم أن الفقير العاجز عن الكسب اما أن يكون له قريب محرم واحد موسر من حواشيه ، واما أن يكون له منهم أقرباء محارم موسرون •

فان كان له قريب محرم واحد موسر من حواشيه كان هو المتعين للانفاق عليه •

وان كان له أقرباء محارم موسرون من حواشيه ، فاما أن يكونوا جميعا وارثين بالفعل ، واما أن يكون بعضهم وارثا بالفعل وبعضهم محجوبا بمن هو أحق منه •

فان كانوا جميعا وارثين بالفعل كانت نفقة قريبهم المحتاج عليهم جميعا ، كل على حسب نصيبه فى ميراثه منه على فرض موته ، وعلى هذا فمن كان له أخت شقيقة ، وعم كانت نفقته عليهما بالسوية ، لان الميراث الاخت هو النصف فرضا ، وميراث العم هو النصف الباقى تعصيبا •

ومن له أخت شقيقة ، وأخ لام ، وعم فنفقته عليهم بنسبة أنصبائهم ، على الاخت الشقيقة النصف لان نصيبها فى الميراث هو النصف فرضا ، وعلى الاخ لام السدس لان نصيبه فى الميراث هو السدس فرضا ، وعلى العم الثلث لان نصيبه فى الميراث هو الثلث الباقى تعصيبا •

وان كان بعض الحواشي وارثا بالفعل ، وبعضهم محجوبا بمن هو أحق منه ، كانت نفقة قريبهم المحتاج على الوارثين دون المحجوبين ، وعلى هذا فمن كان له أخت لام ، وأخ شقيق ، وأخ لاب ، كانت نفقته على أخته لامه وأخيه الشقيق ، على الاخت لام السدس لان نصيبها فى الميراث سدس التركة فرضا ، وعلى الاخ الشقيق خمسة أسداس ، لان نصيبه فى الميراث هو الباقى بعد نصيب الاخت لام تعصيبا ، ولا شىء على الاخ لاب لانه محجوب بالاخ الشقيق •

ومن له عم شقيق أو لاب ، وخال فنفقته على عمه وحده ، لانه يحوز كل التركة تعصيبا ، وليس على الخال شيء من النفقــة لانه لا يرث مع وجود العم .

هذا — ولا يفوتنا أن ننبه على أنه اذا كان للقريب المحتــاج محارم وارثون بعضهم موسر وبعضهم معسر فانه ينظر الى هذا المحرم المعسر هل يحوز كل التركة اذا اجتمع مع الموسرين ، أو يأخذ نصيبا منها فقط ؟ .

فان كان يحوز كل التركة فرض معدوما ، ثم ينظر الى من يرث المحتاج من محارمه الموسرين بعد ذلك فيعتبرون هم الورثة وحدهم ، ثم بعد معرفة نصيب كل منهم فى الميراث تقسم نفقة المحتاج عليهم بقدر انصبائهم ، فمثلا من كان له أخ معسر ، وعمة ، وخال موسران فنفقته تكون على عمته وخاله ، على العمة الثلثان ، وعلى الخال الثلث .

ومن كان له ابن معســر ، وأخت شقيقة ، وأخت لاب ، واختان لام ، والاخوات جميعا موســرات ، فنفقته تكون على أخواته بقدر أنصبائهن ، على الاخت الشقيقة نصفها ، وعلى الاخت لاب سدسها ، وعلى كل مــن الاختين لام سدسها لانهما فى حق الميراث شريكتان فى الثلث (١) .

واذا كان المعسر لا يحوز التركة كلها ، وانما يأخذ منها نصيبا تقســم النفقة أولا عليه وعلى باقى الورثة من المحارم الموسرين ليعلم نصيب المعسر ونصيب كل من الموسرين ، ثم يقسم نصيب المعسر على الموسرين بقــدر انصبائهم ، ثم يضم نصيب كل منهم فيما يخص المعسر الى نصيبه فى القسمة الاولى فيكون مجموع ذلك هو مقدار ما يجب عليه من النفقة ، وبطريقــة

(١) لا فرق بين هذا المثال وسابقه الا أن من فرض معدوما وكان يحوز كل التركة فى المثال الاول هو الاخ وهو من الحواشي ، وفى المثال الثاني من فرض معدوما وكان يحوز كل التركة هو الابن وهو من الفروع ، والنفقــة فى المثالين من نفقة الحواشي بعضهم على بعض ، لان من فرض معدوما أيا كانت قرابته لم تكن عليــه نفقــة .

أخرى تقسم التركة كلها على الموسرين بقدر انصبائهم فى القسمة الاولى .

فمثلا من كان له أخت شقيقة معسرة ، وأخت لاب وأختان لام موسرات فنفقته تكون على أخته لابيه وأختيه لامه ، على كل واحدة منهن الثلث، لان الاخت الشقيقة كان يجب عليها لو لا عسرها النصف بقدر ميراثها ، وكان يجب على كل من الاخوات الباقيات السدس ، فيقسم نصيب الشقيقة عليهن بقدر انصبائهن فيخص كل واحدة منهن ثلث النصف وهو عبارة عن سدس التركة ، فاذا ضم السدس الثانى الى السدس الاول كان مجموع ذلك هو نصيب كل واحدة من الموسرات فى نفقة المحتاج .

ومن كان له بنت معسرة ، وأخت شقيقة ، وأخ لاب فنفقته كلها تكون على أخته الشقيقة ، وذلك لان البنت المعسرة كان يجب عليها لو لا عسرها نصف النفقة ، لان لها نصف الميراث فرضا ، والاخت الشقيقة يجب عليها أولا نصف النفقة لان لها نصف الميراث تعصيبا ، ثم يضم اليها النصف الثانى الذي كان على البنت لانها هي الوارثة معها ، أما الاخ الشقيق فلا شيء عليه لانه غير وارث فى هذه المسألة ـ هذه التفريعات كلها على مذهب الحنفية .

أما الجعفرية فقد ذهب من قال منهم بوجوب نفقة ذوي الارحام الى أنه لو وجد شخص محتاج وليس له من ذوي أرحامه الا قريب واحد موسر فانه تجب عليه نفقته ولو لم يكن محرما .

وان كان له قريبان كل منهما وارث موسر كخال وعم فنفقته عليهما بالسوية ... وهكذا على حسب قواعد الجعفرية فى الميراث .

الفصل الرابع

((فى : ترتيب من تجب عليهم النفقة))

قد يكون من تجب عليه نفقة قريبه المحتاج شخصا واحدا ، وحينئذ يلزمه أداؤها .

وقد يتعدد من تجب عليهم النفقة مع اتحادهم فى جهة القرابة ودرجتها وقوتها كالابناء ، أو الاخوة الاشقاء ، أو الاعمام لاب وأم ، وحينئذ تجب عليهم النفقة بالتساوي .

وقد يتعدد من تجب عليهم النفقة مع اختلافهم فى جهة القرابة أو فى درجتها أو فى قوتها ، وفى هذه الحالة نجد أقوال فقهاء الحنفية مضطربة فى ترتيب من تجب عليه النفقة منهم ، ونجد العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ج ٢ ص ٦٩٧—٦٩٨ يخترع — كما يقول — ضابطا كليا يقوم على تقسيم عقلى ، أخذه من كلام الفقهاء تصريحا وتلويحا ، وجمع فيه فروعهم جمعا صحيحا ، بحيث لا تخرج عنه شاذة ، ولا يغادر منها فاذة . وقد حصر ذلك فى سبع حالات نذكرها بتصرف يسير لا يخل : واليك هذه الحالات :

الحالة الاولى — أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة عليهم هو الجزئية وقرب الدرجة ، ولا عبرة بالميراث ولا باتحاد الدين ، وعلى هذا ، فمن كان له ابن ، وبنت فنفقته عليهما بالسوية ، لاستوائهما فى الجزئية وقرب الدرجة وان كان نصيب الابن فى الميراث ضعف نصيب البنت .

ومن كان له ابن ابن ، وبنت بنت فنفقته عليهما بالسوية لاستوائهما فى الجزئية وقرب الدرجة وان كان ابن الابن هو الوارث وحده .

ومن كان له ولدان أحدهما مسلم ، والآخر كتابى فنفقته عليهما بالسوية لاستوائهما فى الجزئية وقرب الدرجة وان كان الوارث هو المسلم دون الكتابي

ومن كان له بنت ، وابن ابن ، فنفقته على بنته فقط لقرب درجتها وان كان كل منهما وارثا .

الحالة الثانية ـ أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواش :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة، ولا عبرة بالميراث ، وحيث ان الجزئية تتحقق فى الفروع ولا تتحقق فى الحواشى فانه يسقط اعتبار الحواشى ويبقى اعتبار الفروع وحدهم فتكون النفقة عليهم على حسب قرب الدرجة كما هو الشأن فى الحالة الاولى .

الحالة الثالثة ـ أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة، ولا عبرة بالميراث عند اختلاف الدرجة ، فمن له أب وابن ابن فنفقته على أبيه وحده لانه أقرب درجة .

وان كان الفروع والاصول جميعا فى درجة واحدة كانت النفقة على من يترجح وجوبها عليه بدليل شرعى ، فمن كان له أب وابن فنفقته على ابنه وحده لترجح وجوبها عليه بقوله عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لابيك).

فان تساووا فى الدرجة ولم يكن هناك دليل مرجح كانت النفقة عليهم جميعا ، كل على حسب نصيبه فى الميراث ، فمن كان له جد لاب ، وابن ابن فنفقته عليهما بحسب ميراثهما ، فيكون على الجد السدس ، وعلى ابن الابن الباقى وهو خمسة أسداس .

الحالة الرابعة ـ أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة، فيسقط اعتبار الحواشى لعدم تحقق الجزئية فيهم ، ويبقى الفروع والاصول

لان الجزئية فيهم متحققة ، وحينئذ تؤول هذه الحالة الى الحالة الثالثة ، وقد عرفت حكمها .

الحالة الخامسة — أن يكون لمستحق النفقة أصول فقط :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء أنه ان كان الاب فيهم كانت النفقة عليه وحده ، لما عرفته من أنه لا يشارك الاب فى نفقة ولده أحد .

وان لم يكن الاب فيهم ، فاما أن يكونوا كلهم وارثين ، واما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث :

فان كانوا كلهم وارثين كانت النفقة عليهم كل حسب نصيبه فى الميراث، ولا يلتفت لقرب الدرجة ، فمن كان له أم وجد لاب فنفقته عليهما أثلاثا ، على الام الثلث ، وعلى الجد لاب الثلثان .

وان كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث كانت النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير وارث ، فمن كان له أم وجد لام فنفقته على أمه وحدها لقرب درجتها .

ومن كان له أبو أم وأبو أبى أب فنفقته على أبى الام فقط لقرب درجته وان لم يكن وارثا (١) .

وان كان بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث وكانوا جميعا فى درجة واحدة فالنفقة تكون على الوارث وحده ، فمن كان له جد لام وجد لاب فنفقته على جده لابيه فقط لانه هو الوارث .

الحالة السادسة — أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب وجوب النفقة على هؤلاء أنه اذا كان أحد الصنفين

---

(١) فى هذه الصورة مناقشة قيمة للاستاذ الشيخ ابي زهرة ناقش فيها ابن عابدين ، فراجعها فى حاشية كتابه الاحوال الشخصية ص ٤٢٣ — ٤٢٤ .

وارثا والآخر غير وارث اعتبر جانب الجزئية وحدها ولا يلتفت لجانب الميراث لعدم المشاركة فيه ، وعلى هذا تكون النفقة على الاصول وحدهم ولو لم يكونوا وارثين ، ولا شيء على الحواشي ولو كانوا وارثين ، وعلى هذا فمن كان له جد لاب ، وأخ شقيق فنفقته على جده لابيه لترجحه بالجزئية لا بكونه هو الوارث (١) •

ومن كان له جد لام وعم فنفقته على جده لامه لترجحه بالجزئية وان كان الوارث هو العم وحده •

واذا كان كل من الاصول والحواشي وارثا فالمعتبر هو الارث لاشتراكهما فيه ، وعليه فمن كان له أم وأخ شقيق أو لاب فنفقته على أمه وأخيه أثلاثا ، على الام الثلث ، لان ذلك هو نصيبها فى الميراث ، وعلى الاخ الثلثان لانه عصبة يحوز باقي التركة •

ثم انه اذا تعددت الاصول فى هذا القسم بنوعيه ننظر اليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس ، فمن كان له جد لاب ، وجد لام ، وأخ شقيق فنفقته على جده لابيه فقط ، لانه وان اتحد مع الجد لام فى الجزئية الا أنه ترجح عليه بكونه وارثا ، أما الاخ الشقيق فساقط الاعتبار بالكلية لعدم مشاركة الجد لاب لا فى الجزئية ولا فى الميراث •

ومن كان له أم أم ، وأم أب ، وعم شقيق فنفقته عليهم أسداسا لاشتراكهم فى الميراث ، فيكون على الجدتين السدس تشتركان فيه ، وعلى العم الباقى وهو خمسة أسداس لكونه عصبة •

ومن له أم ، وجد لام ، وعم فنفقته على أمه وعمه أثلاثا لاشتراكهما فى الميراث ، فيكون على الام الثلث ، وعلى العم الثلثان ، ولا شيء على الجد لام لانه أبعد درجة من الام ولا شركة له فى الميراث •

---

(١) هذا جار على ما ذهب اليه أبو حنيفة من ان الجد كالاب فى حجب الاخوة عن الميراث .

ومن كان له أم وأبو أب وعم فنفقته على أبي الاب فقط ، لانـه قام مقام الاب وحجب العم عن الميراث ، وما دام الامر كذلك فلا يشاركه فـى النفقة أحد كما لا يشارك الاب فى نفقة ابنه أحد ، ولولا أن الجد فى هذه الصورة قائم مقام الاب لكانت النفقة على الام وعليه أثلاثا على الام الثلث وعلى الجد الثلثان بحسب ميراثهما .

الحالة السابعة ـ أن يكون لمستحق النفقة حواش فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الارث بعد كون القريب ذا رحم محرم ، وعليه فمن كان له أخ وعم فنفقته على أخيه ، لانه هو الوارث ولا شيء على العـم .

ومن كان له أخ شقيق ، وأخ لام ، وعم فنفقته على أخويه بنسبـة ميراثهما ، فيكون على الاخ الشقيق خمسة أسداس النفقـة ، وعلى الاخ لام سدسها ، وليس على العم شيء لانه غير وارث .

هذا حاصل ما ذكره العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ، وقد تتبعت ـ على قدر الامكان ـ أقوال فقهاء الجعفرية وتفريعاتهـم فى مسائل النفقة ، ثم ضبطتها فى سبع حالات على غرار ما فعله ابن عابدين حتى يسهل على من يعالج موضوع النفقة أن يعرف ترتيب من تجب عليهم النفقة عند التعدد ، واليك هذه الحالات السبع باختصـار :

الحالة الاولى ـ اذا كان لمستحق النفقة فروع فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئيـة وقرب الدرجـة ، فيقدم الاقرب فالاقرب ، وعند التساوى فى الدرجة تكون النفقة عليهـم بالسوية ، ولا عبرة فى هذه الحالة بالميراث ولا باتحاد الدين .

الحالة الثانية ـ اذا كان لمستحق النفقة فروع وحواش :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا تكون النفقة على الفروع وحدهم لتحقق الجزئية ولا نفقة على الحواش لعـــدم تحققهـــا .

الحالة الثالثة ـ اذا كان لمستحق النفقة فروع وأصول :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، ولا عبرة بالميراث ولا باتحاد الدين ، وعلى هذا فيقدم الاقرب فالاقرب ، وعند التساوي فى درجة القرابة تكون النفقة عليهم بالسوية ، فلو كان للفقير أب وابن فنفقته عليهما بالسوية ، خلافا لما تقدم من مذهب الحنفية ، ولو كان له ابن وجد فنفقته على ابنه فقط ، ولو كان له جد وابن ابن فنفقته عليهمـا بالسوية .

الحالة الرابعة ـ اذا كان لمستحق النفقة فروع وأصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا تكون النفقة على الفروع والاصول وحدهم كما فى الحالة الثالثة .

الحالة الخامسة ـ اذا كان لمستحق النفقة أصول فقط :

وهنا لا عبرة بالميراث ولا باتحاد الدين وانما المعتبر هو الجزئية وقرب الدرجة الابوة أولا فيقدم الاب ، ثم الجد أبو الاب ، ثم أبوه .. وهكذا وان علا ، وان عدمت الاباء أو كانوا فى حكم العدم لعسرهم فالعبرة بقرب درجة الامومة لاب أو لام ، وعليه تكون النفقة على الام أولا ، ثم علـى أبيها وأمها وان علوا الاقرب فالاقرب ولو كان الاقرب اثنى والابعد ذكرا ، ومع تساويهم فى القرب تكون النفقة بينهم بالسوية ولو اختلفوا فى الذكورة والانوثة ، ومن كان له أم أم ، وأم أب فنفقته عليهما بالسوية ، وكذا الحكم

لو كان له أبو أم ، وأم أب لاستوائهما فى الدرجة (١) .

الحالة السادسة — اذا كان لمستحق النفقة أصول وحواش :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء هو الجزئية وقرب الدرجة ، وعلى هذا فالنفقة تكون على الاصول وحدهم لتحقق الجزئية فيهم ، ولا نفقة على الحواشي لعدم الجزئية فيؤول الامر الى الحالة الخامسة .

الحالة السابعة — اذا كان لمستحق النفقة حواش فقط :

والمعتبر فى ترتيب النفقة على هؤلاء — عند من يقول بوجوب النفقة على الحواشي — هو الميراث دون التفات الى كون القرابة محرمية أو غير محرمية ، فمن له أخوان موسران أحدهما مسلم ، والاخر كتابي فنفقته على المسلم وحده ، ومن له وارثان كخال وعم موسران فنفقته عليهما بالسوية .

وبعد فهذا تمام ما وفقني الله اليه ، وأعانني عليه ، فله الحمد فى الاولى والاخرة ، وله الحكم ، واليه ترجعون ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وأصحابه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .

---

(١) الاحكام الجعفرية ص١٠٣ مادة ٣٩٩ ، ومسائل الخلاف ج ٢ص١٣٠ .

« كلمة ختامية »

بدأت تأليف هذا الكتاب وكنت أحسب أن فى الوقت متسعا أتمكن فيه من مراجعة ما أكتب مراجعة دقيقة حتى أتدارك ما قد يفوت علي أو على القائمين بالطبع من خطأ •• ولكني شغلت بدروس فى الصباح والمساء ما بين كلية الحقوق وكلية الشريعة ، فوق ما أنا مشغول به من اعداد الكتاب للطبع ومراجعة المطبعة فى كثير من الاوقات للوقوف على ما أنجزت من عمل •• ومع ذلك فقد كنت أتتبع (ملازم) الكتاب أولا بأول ، وأقوم باصلاح ما وقع فيها من خطأ ، وأنبه الطلاب عليه حتى يكونوا على بينة من الامر •

ومرت الايام على هذا الوضع ، من ضيق الوقت وكثرة المشاغل ، ثم كان ما غير الحال وشتت البال فتركت العراق ولم أنجز من الكتاب الا ما يقرب من نصفه •• وفى مصر أتممت الكتاب تأليفا ، ثم بعثت بما كتبت الى المطبعة فى بغداد لتقوم بطبعه ، ثم تخرج الكتاب للناس تاما غير منقوص •

ولما كان طبع الملازم الاخيرة يحتاج الى مراجعة وتصحيح ، وكان لابد للكتاب من فهرس يكون دليلا على أماكن أبوابه وفصوله ومباحثه التفصيلية ، وكان لا بد بعد ذلك كله من جدول يبين صواب الخطأ الذي يقع فيه الانسان عن غير قصد ••• لما كان ذلك ، وكنت أنا فى القاهرة والكتاب فى بغداد ما طبع منه وما لم يطبع بعد بحثت عمن يقوم بهذه المهمة عني فوجدت أن خير من يصلح لها هما الاخوان الكريمان الاستاذ كمال الدين الطائي والاستاذ سعيد محمود السامرائي فعهدت بذلك اليهما ، وفيهما الكفاية والحمد لله ، فلهما مني خالص الشكر وعاطر الثناء ، ومن الله الكريم عظيم الاجر وخير الجزاء •

والكتاب — رغم ما بذلت فيه من مجهود — لا أدعي أنه بلغ حد الكمال .. لا فالانسان هو الانسان يخطيء ويصيب ، وهو على كلا الحالين له أجر عمله ، أجر واحد ان أخطأ ، وأجران اثنان ان أصاب ، والله وحده هو المنزه عن النقص ، والمتفرد بالكمال .

ومع هذا ، فلم آل جهدا ، ولم أدخر وسعا فى اخراج الكتاب على أحسن ما يكون تأليفا وتصنيفا ، وترتيبا وتبويبا ، واخترت له أجود الورق وأدق المطابع ، والله يحب من عبده اذا عمل عملا أن يتقنه .

والكتاب ليس فريدا فى بابه فقد سبقني الى موضوعه مؤلفون كثيرون، قدماء ومحدثون ، ولهم جميعا فضل السبق وفضل التوجيه ، فقد استعنت بما كتبوا وترسمت خطاهم فى مؤلفاتهم وقد أشرت الى كتبهم فى كثير من المواضع حين نقلت عنهم حتى يسهل الرجوع اليها على من يريد الاستزادة .

والناس رجلان ، رجل يرى الزلة فيطير بها فرحا ، ويمشي بها بين الناس فى شماتة وتشهير ، وأعيذ القاريء أن يكون كذلك ، ورجل يرى الزلة فيتلمس لصاحبها عذرا ، ويتطلب لها مخرجا ، فان رأى القاريء الكريم زلة لقلم أو عثرة لفهم — وهو لا محالة واجد — فعليه أن يتلمس لى عذرا ، وأن يتكرم — مشكورا — بتصحيح ما يجده من ذلك .

والله أرجو أن ينفع بما كتبت ، وان يثيبني عليه ، وأن يكافيء بفضله وكرمه كل من أسهم فى هذا الكتاب وساعد على اخراجه ، انه بالاجابة جدير ، وهو حسبنا ونعم الوكيل ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

محمد حسين الذهبي

القاهرة — حدائق حلوان فى : ٢٨ محرم سنة ١٣٧٩ هـ
٢ اغسطس سنة ١٩٥٩ م

الفهرس

الموضوع	رقم الصحيفة

الموضوع	رقم الصحيفة

الموضوع	رقم الصحيفة

الموضوع	رقم الصحيفة

الموضوع	رقم الصحيفة

الموضـــــوع	رقم الصحيفة

الموضـــــوع	رقم الصحيفة

اصلاح الخطأ

الصحيفة	السطر	الخطأ	الصواب
١٠	١٤	واطرح	واطراح
٢٥	١١	ينزوا	ينزو
٣٤	٦	التأييد	التأبيد
٤٠	١٢	ثمت	ثمة
٦٤	١٧	صداقتها	صداقها
٦٥	٢٢	يكتب بعد السطر ٢٢ ، ٢٣	والصحيح انه يثبت به النسب
٦٩	٢٣	الكفاء	الكفاءة
٧٨	١٤	او مات عنها	او ماتت
٨٣	١١	سواء كانت حاملا او غير حامل	سواء أكانت حاملا ام غير حامل
٨٧		يكتب بعد سطر ١٢ ، وقال الجعفرية اللعان فسخ ويتعلق به تحريم مؤبد لا يرتفع بحال لقوله عليه السلام (المتلاعنان لا يجتمعان ابدا)	
٩٤	١٧	واخير	واخيرا
٩٥	٢	اليها	اليه
١٠٣	١٧	ان هذه الولاية	الى ان هذه الولاية
١٢٨	٤	على القاضى	كان على القاضى
١٤٦	٧	وهو المثل	وهو مهر المثل
١٥١	١٣	الافاتية	الافاقة
١٥٤	١٤ ، ١٥		يحذفان
١٦٢	١٢	بعد الطلاق فهي	بعد الطلاق وقبل الدخول فهي
١٦٧	٢١	قد يكونا	قد تكونان
١٨٠	١٣	لا ير	لا يريد
١٨٢	١٢	وكان احدهما موسرا	او كان احدهما موسرا
١٨٨	٢٠	بعد العسر عسرا	بعد عسر يسرا
١٩٠	٥		يحذف كل السطر
١٩٦	١٤	كل يوم	لكل يوم
١٩٩	٧	للمبتونة	للمبتوتة
٢٠٠	١٤	وصيروتها	وصيرورتها

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٠٦	١٧	ديانة لا قضاء	ديانة
٢١٠	١٥	نقص	نقض
٢٩٢	١٤	انه	ان
٢٩٢	٢١	عند	عن
٢٩٣	١	البنيه	البينة
٢٩٦	٣	فيلحق	فيلتحق
٢٩٧	٣	يضاف الى اول السطر كلمة (سبب)	
٢٩٨	٢	غنيا	عنينا
٢٩٨	٢٥	بمهل	يمهل
٢٩٩	٧	ترصد	ترض
٢٩٩	٨	تضاف كلمة (به) بعد كلمة ما تتضرر	
٢٩٩	٢٣	شمسه	شمسيه
٣٠٠	١٧	احضاره	احضار
٣٠٧	٥	يكن	يمكن
٣٠٧	١٨	بتطليقه	بتطليقة
٣١١	١٨	تحل كلمة (النسب) بعد كلمة (تأييدا)	
٣٢٦	٤	استظهرة	استظهره
٣٢٦	٩	الشهة	الشبهة
٣٢٧	١	لان	لاقل
٣٣٥	٥	الحكيم	الحكم
٣٤١	٦	علء	على
٣٤٣	٢٢	يقول	قول
٣٥٠	٥	حاضنة	حاضنته
٣٥٣	١٧	حقنه	حقنة
٣٥٧	٢	ارضعتها	أرضعتهما
٣٥٧	١٩	عديم	عدم
٣٦١	٩	يششترطون	يشترطون
٣٦٢	٢٠	لم	له
٣٦٦	١٧	تربيتهم	ترتيبهم
٣٦٨	٣	وأخوانه	وأخواته
٣٦٨	١٣	المتساوين	المتساويين
٣٦٩	٤	لعاقله	العاقلة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٧٠	٥	لامة	لامه
٣٧٣	١٧	والنفقة	والفقه
٣٧٣		يضاف بعد سطر ١٨ ما يأتي : لابيه ولا لغيره حق في أن ينزعه منها وينتقل به الى مكان آخر غير الذي	
٣٧٤	٢١	يهيئه	يهيئه له
٣٨٥	٣	لم	له
٣٨٨	١٧	الارت	الارث
٣٩٦	١٣	الميراث	ميراث
٤٠٠	١٣	اختلاق	اختلاف
٤٠٤	١٦	الدرجة	درجة
٤٠٩	١١	التأييد	التأبيد

ملحق اصلاح الخطأ الموجود بكتاب الاحوال الشخصية

الصحيفة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣٨	٨	قبل النكاح	بعد النكاح
٢٤٩	٢١	أمضينا	امضيناه
٢٦٦	١٨،١٧	اولها	ولها
٢٦٧	٤	انها خالفت	انها ان خالفت
٢٧٣	٦	يلتزم	يلزم
٢٧٦	٢٣	معاوضة	يمين
٢٨٠	١	يتصرف	ينصرف
٢٨٢	١٢	ولا لاحدهما	ولا ما لاحدهما
٢٨٢	١٨	بالخلع المباراه	بالخلع والمباراه
٢٨٩	١٨	وطأ	وطء
٢٨٩	٢٠	وطىء	وطء
٢٨٩	٢٢	الوطأ	الوطء
٢٨٩	٢٣،٢٢	من كتابه المذكور فانهم	من كتابه المذكور ، اما الشافعية فانهم
٢٩٠	٢٣	بالوطأ	بالوطء
٢٩١	١٧	ومخاليفهم	ومخالفيهم
٢٩٢	٢٢	فى حد	فى حق
٢٩٣	١٩	وينزل	وبنزول
٢٩٤	٣	ولا بينة	ولا بينه
٢٩٨	٢١	مضارا بها	مضارا لها
٣٠٢	١	أتاه .. الا ما أتاها	آتاه .. الا ما آتاها
٣٠٣	٦	هذا الاثر فمراسيل	هذا الاثر مرسلا فمراسيل
٣٠٣	١٤	بهذا المذهب واخذ	بهذا المذهب فى مصر واخذ
٣٠٤	١	فيها	فبها
٣٠٤	٦	ظاهرا	ظاهر
٣١٤	١٩	مؤقت وذلك	مؤقت ، سببه زواجه بمن طلقها ، وذلك
٣١٥	١٦	عرفان لجميل	عرفان الجميل
٣١٨	١	يوما	عاما

الصحيفة	السطر	الخطأ	الصواب
٣١٨	٥	حيظات	حيضات
٣١٨	١٥	تعين	تسعين
٣١٩	١٠	وفات	وفاة
٣٢٠	٢١	الآية	الآيسة
٣٢٦	٤	على استظهره	على ما استظهره
٣٢٧	٦	أو تسعة وثلاثون	وتسعة وثلاثون
٣٢٧	٧	بالطهر	بالاطهار
٣٢٧	٢٢	لو نزل حيا	لو نزل اكثره حيا
٣٣٤	١٨	يثكنها	يمكثها
٣٤٣	١٨	ابو المقر عنه	ابو المقر بالاخوة عنه
٣٤٧	٢٠	ولم يعرف وارث	ولم يعرف له وارث
٣٤٨	١٩	أو شهدت له	أو شهدت لها
٣٥٠	١٠	لغير امه أن ترضعه	لغير امه ترضعه
٣٥٥	٥	على الحولين	على ان الحولين
٣٥٧	٢٣،٢٤	عشر عشر رضعات	عشر رضعات
٣٦٦	٤،٥	عندك عند يا عمر	عندك يا عمر
٣٦٦	١٨	ثم الاخ الاب	ثم الاخ لاب
٣٧٠	١٢	الواحد	لواحد
٣٧٩	٦	ثيبة	ثيبا
٣٩٣	٤	بدأ بجده	بدأ بأبيه
٣٩٤	٢١	ذوي الارحام من الجعفرية	ذوي الارحام الوارثين من الجعفرية
٤٠٤	٢	الحواش	الحواشي

